



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

Volume IV. Ano 3

Julho a Dezembro de 2009

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL LEONARDO GRECO	4
O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO DIREITO BRASILEIRO E NO PROJETO DE LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA BIANCA OLIVEIRA DE FARIAS HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO	29
NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO FREDIE DIDIER JR.	58
LA FORMACIÓN EN MEDIACIÓN: ALGUNAS PERPLEJIDADES DE LOS FORMADORES EN MEDIACIÓN Y DIVERSAS INQUIETUDES DE LOS ALUMNOS QUE SE FORMAN EN MEDIACIÓN NURIA BELLOSO MARTÍN	62
CÓDIGO MODELO DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL PARA IBEROAMÉRICA .	80
O GARANTISMO PROCESSUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS LÍQUIDOS E CERTOS ROSEMIRO PEREIRA LEAL	111
NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL NO CONTENCIOSO JUDICIAL ADMINISTRATIVO FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO	121
A REPERCUSSÃO GERAL NO STF E OS DIREITOS HUMANOS ALEXANDRE DANTAS.....	155
O QUE SIGNIFICA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA? UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO ANDRE VASCONCELOS ROQUE	171
A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO DIREITO LUSITANO CLARISSA GUEDES	199
PROCESSO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DIERLE JOSÉ COELHO NUNES ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA	240
PROCESSO PENAL E ATIVISMO JUDICIAL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DIOGO TEBET	267
O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES: O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO IGOR RODRIGUES BRITTO RICARDO GORETTI SANTOS	281

AUTO-INCRIMINAÇÃO E ILICITUDE NA OBTENÇÃO DA PROVA – A LIMITAÇÃO DO PODER

LEONARDO COSTA DE PAULA 307

INFLUÊNCIA AMERICANA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ODILON ROMANO NETO 327

LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL

Leonardo Greco*

Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, que lhe assegurará o pleno gozo desse direito.

Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz, no seu mister, pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável.

Nos livros em que estudamos, as questões de fato pareciam quase inteiramente alheias ao mundo do Direito, como se fossem objeto ou de um saber vulgar naturalmente sujeito a erro, resultante da percepção sensorial de qualquer pessoa, como a testemunha, em si pouco confiável, ou de um sofisticado saber científico, revelado enigmaticamente pelo perito, investido de uma confiança cega e incontestável, ou de documentos iguais aos que diariamente manipulamos nos sucessivos episódios da nossa vida e que aprendemos a avaliar intuitivamente através do senso comum.

O processo estudaria apenas os meios e o modo como o conhecimento dos fatos é produzido como premissa necessária da sentença judicial, estabelecendo ainda, juntamente com o direito material e em benefício deste, algumas regras mais ou menos interventivas na sua investigação ou na sua avaliação.

Se essas regras jurídicas tiverem sido observadas, nenhuma importância terá o resultado, que poderá tanto estar muito próximo quanto muito distante da realidade da vida.

Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfaz aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juízes na credibilidade das suas decisões.

A sociedade do nosso tempo é mais exigente. Ela não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas¹ e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores.

* 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.

¹ Michele Taruffo. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p.224.

1.– A DESCOBERTA DA VERDADE

Alguns autores, que apontam a formação da convicção do juiz como a função da prova, também, alternativa ou cumulativamente, lhe atribuem uma função objetiva de revelação da verdade ou da certeza dos fatos.

Assim, Mittermayer² se refere à prova subjetiva e objetivamente: *subjetivamente* como o conjunto de esforços para firmar a convicção no espírito do juiz; *objetivamente*, como sinônimo de certeza, compreendendo o complexo dos motivos poderosos que fazem concluir com toda a segurança a realidade dos fatos.

Devis Echandia³, do mesmo modo, atribui às provas a função de levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos.

Também Moniz de Aragão⁴ invoca o artigo 339 do CPC para observar que o descobrimento da verdade é objetivo precípua a ser alcançado para que se pronuncie o julgamento.

Em todos os tempos, a idéia de Justiça, como objeto do Direito, sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.

É claro que na História da Humanidade, em muitas épocas, o conceito de verdade, como *adequatio intellectus ad rem*, foi questionado pelos filósofos, ou foi considerado inacessível ou foi sobrepujado pelo Estado autoritário ou pelo positivismo, mas sempre, na teoria da prova judiciária, a verdade ou a certeza dos fatos sobreviveu como uma função importante.

Respondendo ao ceticismo dominante no seu tempo, Jaime Guasp, em estudo contemporâneo à 2ª Guerra⁵, concluiu, citando Chiovenda: “... *no hay más que una Justicia como no hay más que una Verdad*”⁶.

Outro autor italiano que não pode ser ignorado no trato da matéria é Michele Taruffo, já agora representativo do salto qualitativo dado pelo Direito Processual no segundo Pós-Guerra, em direção a um processo como instrumento de tutela efetiva dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, que precisa se reconciliar com a verdade, porque negar a capacidade do processo de revelá-la implicaria em negar a própria possibilidade de o Estado assegurar o acesso ao direito, que decorre dos fatos⁷.

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática *capenga*, incompleta, impedindo-o de obter a tutela dos direitos pela

² Carl Joseph Anton Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 11ª ed. Madrid: Reus, 2004, p. 108.

³ Hernando Devís Echandia, *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe: ed. Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 35.

⁴ Égas Dirceu Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.53.

⁵ Jaime Guasp. *Juez y hechos en el Proceso Civil – una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943, pp. 83/101.

⁶ Giuseppe Chiovenda, *Principi di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923 , p.101.

⁷ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, *passim*.

impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam. Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme à verdade jurídica e fática⁸. Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio. Por isso Taruffo a qualifica como um dos escopos institucionais do processo⁹.

Se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade senão aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano, em qualquer área do saber.

Como diz Taruffo, a busca da verdade é teoricamente possível e ideologicamente oportuna e até necessária, para que o processo seja o meio de produzir decisões justas¹⁰.

Daí resulta que o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso¹¹. Isso não significa transformar o processo numa busca interminável da verdade absoluta, pois, mesmo a investigação científica está sujeita a imposições temporais.

O fundamental é que as normas jurídicas relativas à produção das provas não podem constituir obstáculos que dificultem a reconstrução objetiva dos fatos. Para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória, como a *disclosure* e a *discovery* do direito anglo-americano.

A conceituação da prova como um instrumento de busca da verdade, na luta pelo acesso à tutela jurisdicional efetiva dos direitos, impõe necessariamente uma ampla revisão de todo o sistema normativo probatório, redefinindo a configuração de uma série de institutos, cujo conteúdo se consolidou no curso no tempo e que dificulta o acesso à verdade.

Peter Häberle, no seu ensaio sobre *Direito e Verdade*, ressalta que a verdade é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum. Depois da experiência do modelo autoritário, o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural. Ao contrário de Hobbes (*auctoritas non veritas facit legem*), podemos dizer que é a verdade e não a autoridade que origina a lei. Correta, portanto, é a observação de Vaclav Havel de que “há nos sistemas pós-totalitários uma característica particular: a aspiração humana à verdade”¹².

⁸ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione – teoria del garantismo penale*. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p.43.

⁹ V. M. Taruffo. *La prova...*, p.144; também citado por Gian Franco Ricci. *Le prove atipiche*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 1141.

¹⁰ M. Taruffo. *La prova...*, p.42.

¹¹ Luigi Lombardo. *La prova giudiziale – contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999, p.16; G. F. Ricci. *Le Prove...*, p.1138.

¹² Vaclav Havel, *Versuch in der Wahrheit zu leben*, citado por Peter Häberle. *Diritto e verità*. Torino: Einaudi, 1995, p.105.

Como instrumento da verdade é que a prova vai cumprir aquela função social apontada por Devís Echandia: dar segurança às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos *status* jurídicos¹³.

É sob essa perspectiva que iremos estudar as chamadas limitações probatórias.

2. – CONCEITO

Limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa.

Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos.

Essas limitações probatórias devem ser cuidadosamente analisadas, para verificar se encontram suporte na proteção da dignidade humana, na preservação de direitos fundamentais ou de algum outro valor humano excepcionalmente relevante, o que poderá justificar ou não a sua sobrevivência.

Afinal, defender a natureza meta-jurídica da prova e a sua função demonstrativa da verdade não significa impor ao juiz o dever de buscar a verdade a qualquer preço, porque também a ciência tem limites éticos, políticos e econômicos e, nem por isso, o cientista se afasta do seu compromisso de investigar a realidade dos fatos como ela é.

3. - CLASSIFICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

Gian Franco Ricci¹⁴ divide as limitações probatórias, quanto à função que desempenham no processo, em três espécies: a) as que visam a repudiar provas supostamente suspeitas, como as incapacidades, impedimentos e suspeições para depor; b) as que se destinam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo, como as preclusões, os prazos probatórios e muitas regras procedimentais; e c) as que preservam valores constitucionais, como a intimidade, o segredo de ofício ou o segredo profissional¹⁵.

¹³ Hernando Devís Echandia. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe : ed. Rubinzal-Culzoni, 1984, p.26.

¹⁴ Gian Franco Ricci. “Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: ed. Giuffrè, ano LIV, p.1148, 2000.

¹⁵ Proponho distribuir nessas três categorias as limitações probatórias que identifico no Código de Processo Civil: a) limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas: a incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC,

4. FUNDAMENTOS PARA A ADMISSÃO OU REJEIÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

Numa observação panorâmica das limitações probatórias e sem adiantar a análise das limitações específicas de cada meio de prova, considero essencial tentar identificar os principais fundamentos para a sua admissão ou rejeição, que deverão ser invocados na busca da sua compatibilização com o escopo probatório de apurar a verdade objetiva, em nível de confiabilidade compatível com o de quaisquer outras áreas de conhecimento.

4.1 - DIGNIDADE HUMANA E PRIVACIDADE

O primeiro fundamento de inúmeras limitações probatórias são os direitos fundamentais, em especial a dignidade humana e a privacidade. A verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros.

Entretanto, muitos direitos fundamentais podem sofrer limitações à sua eficácia para assegurar igual eficácia de outros. Bobbio dizia que há apenas dois direitos fundamentais absolutos que, em nenhum caso e sob nenhum pretexto podem ser sacrificados: não ser torturado e não ser escravizado¹⁶.

art. 8º); a proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC, art. 343); a proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC, arts. 344 e 413); a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344); a proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente; a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353); a subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC, art.368); as incompatibilidades para depor como testemunha; as incapacidades para depor como testemunha (CPC, art. 405, § 1º; Código Civil, art. 228); os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art. 405, §§ 2º e 3º); a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227); a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC, art.400); os impedimentos, os motivos de suspeição e a carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC, arts. 423 e 424); as limitações ao depoimento oral do perito (CPC, art. 435); b) limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo: as preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC, arts. 282 e 300), a proibição de provas novas em grau de apelação (art. 517) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário; a proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC, arts. 396 a 398, 326 e 327); o prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC, arts. 407 e 435); o número máximo de testemunhas (art.407, parágrafo único); as restrições à substituição de testemunhas (CPC, art. 408); a limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC, art. 425); o prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC, art. 435); c) limitações que visam a preservar valores constitucionais: a proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC, art. 332); as provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC, arts. 320, inc. III, e 366; Código Civil, arts. 9, 10, 108 e 1.543); as escusas de prestar depoimento pessoal (CPC, art. 347); a inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 351); as escusas de exibição (CPC, art. 363); a proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei nº. 6.830/80, art.41); a proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII); as escusas de depor (CPC, art. 406; Código Civil, art. 229); a escusa do perito por motivo legítimo (CPC, art. 146).

¹⁶ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, ed. Campus, Rio de Janeiro, 15ª tiragem, 1992, p.187.

A dignidade da pessoa humana é o principal e mais valioso direito fundamental, inscrito na Constituição brasileira como uma das bases de sustentação da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

Como direito fundamental inalienável, constitui um limite intransponível à busca da verdade no processo ou fora dele, pois também o cientista, numa sociedade democrática, está proibido, em suas investigações, de efetuar experiências degradantes, que violem a liberdade de consciência ou de vontade do ser humano, que exponham publicamente os aspectos mais íntimos da sua personalidade ou o submetam a tratamento humilhante, doloroso ou cruel. Essa proibição está consagrada no Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, no seu art. 7º: “Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

A privacidade é uma projeção da dignidade humana, protegida em diversos instrumentos internacionais definidores de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Todas elas, entretanto, reconhecem que se trata de um direito que pode sofrer limitações. Assim, o primeiro (art. 17) estabelece:

“Art. 17 - 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

A Convenção Européia (art.8º) também dispõe:

“Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Já a terceira, no artigo 11, após estabelecer que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, proíbe “ingerências arbitrárias ou abusivas” na vida privada, na da família, no domicílio e na correspondência, cabendo definir o que sejam tais ingerências.

Na proteção da privacidade diferem fundamentalmente os sistemas probatórios anglo-americano e continental europeu, conforme observaram diversos autores¹⁷, sendo o segundo bem mais protetivo do que o primeiro, especialmente no confronto desse direito com o interesse público.

¹⁷ Nicolò Trocker. “Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 475 e ss., 1992; Vittorio Denti. “La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos”. In: *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 77 e ss.

Esses limites vêm sendo construídos pouco a pouco pela doutrina e pela jurisprudência de cada país em função das circunstâncias específicas de casos concretos, o que gera muitas incertezas, que poderiam ser dissipadas se tivéssemos no ordenamento jurídico interno uma lei específica sobre a privacidade. À sua falta, a invocação da doutrina e da jurisprudência continental européia, especialmente a alemã, que mais avançou no estudo do tema, não obstante acendradas polêmicas e frequentes hesitações, é inevitável, em face da afinidade do nosso sistema jurídico com o direito europeu, inclusive na mais recente evolução da teoria dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais do processo.

Tentando estabelecer critérios para a ponderação entre a proteção da privacidade e algum outro interesse a ela contraposto, a jurisprudência constitucional alemã engendrou a chamada *teoria dos três graus* de proteção da privacidade. O primeiro grau, intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana, que preserva as relações do indivíduo consigo mesmo; o segundo grau, correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores; o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem a relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual¹⁸.

No grau mais intenso de preservação da intimidade se encontram as provas que dizem respeito às relações do ser humano consigo mesmo. Assim, o diário, em que a pessoa registra para sua própria memória o relato de fatos ou a sua opinião sobre fatos, pessoas ou coisas, integra o chamado *direito de domínio da informação* que deve ser considerado impenetrável por qualquer outra pessoa sem a sua expressa autorização. Igualmente, o direito ao conhecimento do próprio corpo, pois não há interesse alheio ou público por mais relevante, para cuja prova alguém possa ser obrigado a expor o próprio corpo. Como frequentemente as informações pertencentes a esse núcleo essencial de preservação da dignidade humana se encontram guardadas no domicílio da pessoa, as buscas domiciliares legalmente autorizadas devem sempre respeitá-las¹⁹. Também integra esse núcleo mais forte de privacidade a liberdade de expressão que, no processo criminal, tem condenado a utilização dos detectores de mentira, que levam as declarações da pessoa a serem utilizadas como provas de fatos em sentido contrário à sua vontade²⁰. Da mesma natureza é a prova extorquida mediante tortura, grave ameaça, hipnose ou a administração de drogas que embotem a vontade do declarante²¹.

Já quanto aos exames de sangue e exames de DNA, a meu ver é preciso verificar se se destinam apenas a investigar e apurar características do próprio portador para avaliar a sua capacidade de entendimento ou de vontade, hipótese em que devem considerar-se protegidos por uma privacidade de primeiro grau; ou se visam a demonstrar uma relação jurídica com outras pessoas da comunidade, como, por exemplo, para a prova da paternidade ou a prova da autoria de um crime de elevada gravidade, caso em que me parece se enquadrarem no segundo grau.

¹⁸ Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2006, pp.94-96.

¹⁹ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.51.

²⁰ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.78.

²¹ O § 136a do Código de Processo Penal alemão enumera exemplificativamente: maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios (*Verabreichung von Mitteln*), tortura, fraude (*Täuschung*) ou hipnose.

Já quanto às conversas privadas, como se trata de informação decorrente de relação de um sujeito com outro, me parece que compõem a privacidade de 2º (segundo) grau.

A esse propósito, não podem deixar de ser mencionadas as escutas telefônicas, previstas no texto constitucional (art. 5º, inc. XII) e regulamentadas em lei (Lei nº. 9.296/96), vulgarizadas no País como instrumento de investigação criminal, menos por esse fato, e mais porque o teor dessas escutas poderá vir a ser utilizado como prova em algum processo civil.

De início, cumpre assinalar que a invasão excepcional da privacidade em determinado processo judicial, civil ou criminal, como instrumento necessário para a prova de uma situação jurídica reputada bastante relevante, não torna público o acesso aos fatos e provas por esse modo desvendados, devendo o respectivo processo correr em segredo de justiça (Constituição, art. 5º, inc. LX e art.93, inc. IX; CPC, art. 155) e não podendo o adversário daquele que teve a privacidade devassada ou qualquer sujeito do processo deles fazer uso para outros fins ou em outros processos.

Mais uma vez é o direito alemão que oferece balizamentos mais minuciosos a respeito da utilização em juízo das gravações de escutas telefônicas. O direito germânico somente permite a escuta telefônica para apuração de determinados crimes excepcionalmente graves, relacionados no § 100a do Código de Processo Penal. Enumeração legal taxativa é também feita pelo direito português, no artigo 187º do seu Código de Processo Penal. A suspeita da prática de um desses crimes deve fundar-se em fatos determinados. O recurso à escuta pressupõe que a apuração do crime seja impossível ou extremamente difícil por qualquer outro meio. As escutas devem limitar-se aos próprios investigados ou a pessoas em relação às quais há indícios, baseados em fatos determinados, de que recebem ou transmitem comunicações provenientes dos investigados ou a eles destinadas ou cujos telefones utilizem os investigados²². O dispositivo citado do código português proíbe a escuta de conversas ou comunicações entre o investigado e seu defensor, “salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”. Quanto ao conhecimento de outros fatos revelados pela escuta, alheios aos que a motivaram, exige-se para que sirva de prova que se trate de fatos de natureza criminosa igualmente relacionados como particularmente graves e que não haja outro meio de apurá-los²³.

4.2 - DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Outro fundamento frequentemente invocado de limitações probatórias é o chamado direito à não auto-incriminação. A Corte de Justiça das Comunidades Europeias, numa decisão de 1989, reconheceu o direito de uma empresa de não ser obrigada a prestar depoimento contra si mesma, através de seu representante. Em 1998, o Tribunal de Primeira Instância, em outro caso, não admitiu essa escusa de prestar informações, admitindo que a Comissão Europeia aplicasse sanções mais severas à sociedade empresária que se abstinhasse de prestá-las invocando esse direito²⁴.

O privilégio de recusar-se a depor ou a exhibir documento com fundamento no direito a não se auto-incriminar, também conhecido como o direito de não produzir prova contra si mesmo, proveio do processo penal. Alega-se que ele teve origem no curso da Idade Moderna como uma reação à tortura. Através do direito ao silêncio ou da escusa de depor, de exhibir, de oficiar como

²² M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, pp.289-294.

²³ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, pp.311-312.

²⁴ Jean-Pierre Spitzer. “Le procès équitable devant la Cour de Justice des Communautés Européennes”. In: *Union des avocats européens. Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*. Bruxelles: ed. Bruylant, 2001, p.111-112.

perito, réus, testemunhas e terceiros podem recusar-se a responder a perguntas, a fornecer documentos ou a colaborar como peritos, para não se auto-incriminarem, nem incriminarem aos seus familiares. Em alguns países, esse privilégio está incluído no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, sendo freqüente a sua extensão ao processo civil, que também adota as escusas de depor ou de exhibir.

Se, no processo penal, a proibição de auto-incriminação parece justificável na medida em que reflete o ônus da acusação de demonstrar cabalmente a responsabilidade do acusado, como corolário da presunção de inocência, no processo civil tem ela merecido severas críticas, pois viola o princípio da cooperação e pode constituir um obstáculo intransponível ao acesso à tutela jurisdicional do direito em favor de uma das partes ou de ambas, que ficam privadas da possibilidade de provar os fatos dos quais o seu direito decorre.

Zuckerman, na Inglaterra, considera-a um instituto anacrônico, incompatível com a cultura dominante no processo civil, em que as partes têm o direito de produzir todas as provas relevantes, mesmo as que se encontram em poder do adversário²⁵.

Creio que esse dever de colaboração recai com mais intensidade, se o depoente ou o informante é uma das partes, porque violaria a paridade de armas se uma delas, a pretexto de proteção da sua privacidade, subtraísse da outra a possibilidade concreta de provar os fatos dos quais pode resultar o seu direito. Nesse caso, a escusa de depor ou de exhibir somente poderia ser admitida se fundada em motivo do 1º grau de privacidade. Se o depoente ou o informante não for parte, é preciso não esquecer que todo terceiro tem o dever de colaborar com a justiça no descobrimento da verdade (CPC, art. 339) e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se auto-incriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade.

Mas, é claro que, se o depoente ou informante, parte ou terceiro, invocar o direito à não auto-incriminação, e desde que não seja o caso de escusa de depor ou de exhibir com fundamento em privacidade de 1º grau, o juiz não deverá em princípio dispensá-lo, salvo se, num juízo de ponderação reconhecer a recusa como legítima como meio de proteção indispensável de direito fundamental excepcionalmente valioso. Em qualquer caso, se o juiz não dispensar a informação ou o depoimento, mas reconhecer o seu direito a preservar a sua reserva, deverá impor ao processo o segredo de justiça. Nesse caso, a parte beneficiada pelo acesso à informação estará vinculada ao dever de conservar esse sigilo, especialmente quando o fato ou o documento incriminadores possam ser geradores ou servir para provar outros direitos seus em relação a terceiros. Ao segredo de justiça estará vinculado o próprio juiz, caso o fato ou a prova sejam reveladores de responsabilidade criminal do depoente ou de terceiro.

4.3 - CELERIDADE. PROCEDIMENTO. PRAZOS E PRECLUSÕES

Seguindo tendência verificada em outras Constituições e disposições expressas em diplomas internacionais de Direitos Humanos, a Constituição brasileira, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, introduziu no rol dos direitos fundamentais a duração razoável do processo e a celeridade (artigo 5º, inciso LXXVIII).

²⁵ *Apud* Joseph M. Jacob. *Civil justice in the age of human rights*. Hampshire: ed. Ashgate, 2007, p.169.

Antes disso pode-se dizer que já era consensual na doutrina processual que a celeridade do processo constituía um componente essencial do direito de acesso à Justiça e da própria eficácia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico²⁶.

Não são mais aceitáveis demoras na solução de litígios justificadas pelo volume excessivo de processos ou pela ineficiência da máquina judiciária. Todo processo judicial representa uma crise na eficácia e no pleno gozo dos direitos dos cidadãos, que deve ter mínima duração, porque somente assim o Estado estará cumprindo na prática a promessa constitucional de assegurar a mais ampla efetividade a esses direitos.

Embora a razoabilidade da duração do processo seja um juízo valorativo, que deverá resultar de uma série de circunstâncias, como tem sido explicitado em diversos estudos e por diversas fontes, entre as quais se destaca a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que tem imposto repetidas censuras a Estados-membros do Conselho da Europa pela excessiva duração de processos judiciais, pode-se dizer que a demora da prestação jurisdicional que pode ser considerada *razoável* é aquela que é imposta pela necessidade de assegurar às partes a mais ampla possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas e de facultar ao juiz uma cognição adequada.

Para alcançar esse objetivo, os ordenamentos processuais devem disciplinar procedimentos que encadeiem os atos processuais do modo mais racionalmente apropriado para que essas atividades sejam exercidas e para que o processo não se desvie desses objetivos, marchando permanentemente em direção ao seu fim, por meio da estipulação de prazos e da previsão de preclusões.

Tanto a rigidez do procedimento, quanto dos prazos, quanto das preclusões, em benefício de um processo célere, podem constituir obstáculos à tutela jurisdicional efetiva e a um processo justo ou, no que nos interessa, ao pleno exercício do direito de produzir no processo todas as provas relevantes, sendo necessário explicitar critérios objetivos que assegurem a sua flexibilização, sem ultrapassar a fronteira do *razoável*, porque resolver um processo em tempo razoável não significa simplesmente decidi-lo com a observância do procedimento, dos prazos e das preclusões estabelecidos pela lei, mas considerar como legítimas e, portanto, razoáveis, ou não, eventuais dilações, assim como considerar como legítimas, ou não, determinadas proibições a essas dilações.

Os prazos e as preclusões não podem impossibilitar novas iniciativas probatórias após os momentos legalmente previstos em cada procedimento, sob pena de violação da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inc. XXXV).

Recorro, neste passo, à preciosa lição de Giampiero Balena, professor ordinário na Universidade de Bari, em estudo recente²⁷.

Recorda o Autor que Chiovenda, em 1910, já manifestara o seu ceticismo com a imposição de preclusões probatórias, sustentando que na audiência deveria ser possível “modificar, retificar, abandonar qualquer declaração anunciada e fazer outras não anunciadas nos atos escritos”, pregando que o remédio para evitar a procrastinação do processo não é evitar a proposição e

²⁶ David Vallespín Pérez. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: ed. Atelier, 2002, p.81, considera que o direito a um processo “sem dilações indevidas” faz parte do conteúdo próprio do direito a um processo com todas as garantias, ou seja, do direito ao processo justo.

²⁷ Giampiero Balena. “Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità”. In: *Le prove nel processo civile – atti del XXV Convegno Nazionale – Cagliari, 7-8 ottobre 2005*. Milano: Giuffrè, 2007, pp.201-264.

produção de novas provas, mas, na esteira do direito alemão e austríaco, proibir aquelas caracterizadas pela “manifesta intenção de retardar o processo”²⁸.

Também Carnelutti²⁹, referindo-se à proibição de novas provas em grau de apelação, que entre nós é objeto do art. 517 do Código de Processo Civil, chegou a mencionar que a experiência lhe havia ensinado que a apelação não serve apenas para reparar os erros dos juízes, mas, muito mais frequentemente, a suprir as omissões da conduta processual das partes, não todas culposas e, mesmo, não todas verdadeiramente a elas imputáveis.

Balena destaca e critica a associação, comumente feita em nossos dias, do enfraquecimento das preclusões com uma suposta privatização do processo ou com o desrespeito à sua celeridade. Ao contrário, são as preclusões que colidem com os mais elevados fins publicísticos do processo, distanciando-o da busca de uma sentença justa.

Não é correto o argumento de que a falta de preclusões retardaria incontrolavelmente a duração do processo, porque há exemplos de procedimentos sem preclusões que mantêm duração menor do que outros com muitas preclusões. As causas da duração excessiva dos processos são outras.

Mas há razões específicas para admitir a produção de provas depois dos momentos estabelecidos pela lei, como, por exemplo, a dificuldade do autor e do réu de proporem justificadamente as provas na inicial e na contestação, por não conhecerem ainda os contra-argumentos do adversário a respeito das suas próprias alegações.

Abstraindo do advento de fatos supervenientes, Balena aponta algumas hipóteses em que fica clara a necessidade de permitir que as partes proponham novas provas³⁰: quando, após a produção das provas inicialmente requeridas, surgem circunstâncias novas que, integrando fatos secundários, seja conveniente esclarecer para demonstrar os fatos principais; quando, em razão de provas já produzidas, se verifique a conveniência de que outras venham a ser produzidas para mais bem esclarecer algum fato, o que comumente ocorre após a entrega do laudo pericial. Permitir que o juiz, nesses e em outros casos, em juízo discricionário, determine ou não a produção dessas provas novas, não satisfaz à moderna concepção da prova como componente do direito de defesa, do direito de defender-se provando.

Em síntese, se as partes puderam aduzir novos fatos jurígenos, novos fundamentos, novos pedidos ou novos argumentos de defesa, conseqüentemente ambas devem ter o direito de propor e produzir novas provas, tanto para que sejam acolhidos, como para que sejam rejeitados. Se, mesmo que não haja qualquer inovação fática ou jurídica, surgiu a referência a algum fato secundário ou a alguma outra prova, cujo esclarecimento ou produção possam ser úteis à apuração da verdade, deve ter a parte interessada o direito a propor e produzir a prova suplementar. Se, mesmo sem qualquer dado novo, a parte toma conhecimento de alguma outra prova após o momento próprio para a sua produção, tem o direito de propô-la e produzi-la, salvo se for manifesta a sua intenção de retardar excessivamente o andamento da causa, ou seja, no momento em que requerer a sua produção tardia, deverá justificar o motivo do seu retardamento. O mesmo deve ocorrer se a prova é nova, como um documento que surgiu depois do momento da sua proposição; se o conhecimento da existência da prova nova pela parte foi posterior àquele momento; se o acesso à prova nova foi posterior àquele

²⁸ G. Balena. “Le preclusioni ...”, p.215.

²⁹ *Apud* G. Balena. “Le preclusioni ...”, p. 219.

³⁰ G. Balena. “Le preclusioni ...”, p. 247.

momento, como no caso de documento que está numa repartição pública, cuja certidão somente foi obtida posteriormente; se a prova somente se tornou disponível após aquele momento, como o depoimento do médico que somente pôde ser prestado após a liberação do sigilo profissional pelo paciente.

4.4 - SEGURANÇA JURÍDICA

A concepção clássica de segurança jurídica é a de estabilidade das relações jurídicas e previsibilidade da sua evolução e das suas consequências, que se vincula à razão de ser do Direito como fórmula da ordem³¹. Modernamente a expressão passou a ser usada também como o conjunto de mecanismos criados pelo Direito para resguardar interesses por ele tutelados de riscos engendrados pelo próprio Direito. O ordenamento jurídico é complexo. A revelação do seu conteúdo decorre de fontes diversas, não necessariamente articuladas entre si, e nem sempre coerentes nos seus pronunciamentos, como as autoridades que compõem os três Poderes do Estado. Assim, sem prejuízo de uma aspiração genérica de estabilidade e previsibilidade de todas as relações jurídicas, certas situações ou certos direitos a que o sistema jurídico atribui especial relevo são protegidos por normas formais mais exigentes do que outros. Carlos Alberto Alvaro De Oliveira denominou a esse fenômeno de *formalismo valorativo*³².

Embora a segurança jurídica seja um princípio cuja origem pode ser encontrada na Antiguidade e que apresenta manifestações em todas as épocas da História, adquire especial importância na Idade Contemporânea com a evolução do conceito de Estado de Direito, que se desprende do legalismo e se torna o fiador de valores humanos fundamentais. É o Estado de Direito que pode ser qualificado de *material*.

A segurança jurídica é um direito fundamental, como já tive oportunidade de expor em outro estudo³³, cuja eficácia deve ser implementada com a maior amplitude possível e que estende o seu campo de aplicação tanto ao direito público, quanto ao direito privado. Entretanto, não é um direito absoluto, nem a sua busca obsessiva pode sacrificar outros direitos fundamentais.

Anne-Laure Valembois classifica a segurança jurídica, no rol dos direitos fundamentais, como um *direito-garantia*, categoria na qual inclui o direito de acesso à justiça, o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade, a liberdade de expressão, o pluralismo e a liberdade de comunicação³⁴. Como direito-garantia, a segurança jurídica se efetiva necessariamente antes dos direitos e liberdades por ela garantidos. Em sua dimensão material, permite a todos os cidadãos interagirem em clima de confiança, podendo considerar-se o resultado de uma soma de outros direitos e princípios constitucionais, como o da irretroatividade das leis, da proibição do arbítrio, da legalidade, da igualdade e da hierarquia das normas, enfim, de um Estado inteiramente submetido ao primado do Direito³⁵.

³¹ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: ed. L.G.D.J., 2005, p.4.

³² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 388, 2007, pp.11-28.

³³ V. "Ainda a coisa julgada inconstitucional". In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.557-581.

³⁴ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation...*, p.50-52.

³⁵ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation ...*, p.58.

A segurança jurídica, como direito fundamental, vem em reforço às garantias constitucionais do processo, no sentido de corroborar a necessidade de que seja assegurada no processo judicial a mais ampla liberdade de acesso às provas, sem limitações que impeçam a busca efetiva da verdade.

Em contrapartida, a segurança jurídica também vai impor que certos fatos, aos quais o sistema jurídico e os valores humanos nele agasalhados conferem especial relevância, somente possam ser considerados provados em juízo mediante provas solenes, como a escritura ou o registro público, que conferem a esses fatos, graças aos requisitos formais de que se revestem e à amplitude de acesso a que essas provas estão sujeitas em razão da publicidade, a presunção de que efetivamente ocorreram.

Moacyr Amaral Santos perguntava: “Como se prova o casamento? Como se prova o domínio?”³⁶. A segurança das relações jurídicas numa sociedade democrática é um direito fundamental de elevada hierarquia.

Para a solenização e publicidade dessas relações jurídicas, constitucionalmente tuteladas e geradoras de direitos subjetivos exercitáveis *erga omnes*, a lei cria os registros públicos. A exigência da lei processual de que os fatos geradores dessas relações jurídicas somente sejam reputados verdadeiros com a certidão do registro competente é um resquício de prova legal que deve ser respeitado, não se admitindo que tais fatos sejam reputados provados por outras fontes.

A segurança jurídica pode ser invocada, portanto, em matéria probatória, tanto para justificar certas limitações probatórias como para repudiá-las, sendo indispensável a identificação de certas regras básicas para a sua implementação, que permitam resolver as situações duvidosas.

A primeira dessas regras é a do respeito aos direitos adquiridos e à imutabilidade das situações jurídicas subjetivas definitivamente constituídas.

O chamado princípio da confiança legítima é outra regra de aplicação da segurança jurídica³⁷, que diz respeito à previsibilidade de que o regime jurídico de determinada atividade não será modificado, numa dimensão temporal razoável, de modo que todos os que a exercem possam planejá-la e executá-la de acordo com as regras previamente estabelecidas e conhecidas.

Em matéria probatória, a confiança legítima não justifica, como poderia parecer, a absoluta rigidez do procedimento, mas apenas que este não sofra desvios que sacrifiquem as oportunidades de defesa anteriormente previstas. Se a proposição ou produção tardia de provas não resultou da intenção manifesta de procrastinar, conforme a justificativa que a parte requerente deverá apresentar, concilia-se a confiança legítima com a busca da verdade.

4.5 - CREDIBILIDADE DA PROVA

Se grande parte das limitações probatórias provoca obstáculos à apuração da verdade, algumas delas, ao contrário, visam a obter um resultado probatório mais conforme com a verdade, evitando a produção de provas suspeitas e despidas de credibilidade.

³⁶Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol.I, São Paulo: Max Limonad, s.d, p. 47.

³⁷Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation...*, pp. 348/357.

Se a produção ou apreciação de determinadas provas restringe a liberdade do juiz, por outro lado certamente contribui para orientá-lo na aceitação de provas que sejam realmente confiáveis e no repúdio às que evidentemente provêm de origem suspeita, assentando essa decisão em critério uniforme, que aumenta a previsibilidade da decisão judicial e a confiança na sua justiça.

Ao instituir essas regras, o legislador deve ter-se mirado na prática, nos costumes, nos valores e nas máximas da experiência da sua época e da sua comunidade. São regras de sabedoria, transmitidas de geração a geração, que criam padrões uniformes de julgamento. Elas são justificadas na necessidade de que o juiz aprecie os fatos de acordo com provas objetivamente confiáveis e de que todas as causas sejam examinadas e decididas através dos mesmos critérios, o que teoricamente assegura que a justiça dê tratamento igual a todos os jurisdicionados.

Assim, quando o legislador proíbe o depoimento de um alienado mental, está impedindo que a causa seja julgada com base numa prova que ele presume não ter qualquer credibilidade, pois originária das declarações de pessoa absolutamente irresponsável e inteiramente impossibilitada de compreender os fatos que percebeu ou de relatá-los com fidelidade. Do mesmo modo, quando a lei proíbe a prova exclusivamente testemunhal em contratos de elevado valor, ela sinaliza ao juiz que é uma máxima da experiência comum a de que aqueles que celebram um contrato de vulto procuram cercar-se de garantias de que as cláusulas desse contrato sejam claras e objetivas e que estejam cristalizadas em documentos que sirvam para comprovar o seu teor, se surgir alguma dúvida ou alguma controvérsia.

Com essas regras, o legislador tenta suprir a imaturidade, a falta de cultura, a falta de experiência de vida de juízes, ou ainda a diversidade de concepções de vida, perenizando costumes e valores que, em última análise, são úteis para homogeneizar a sua atuação na apreciação das questões de fato, para que as suas decisões respeitem os mesmos valores e concepções dominantes na sociedade e sejam desse modo por esta acolhidas como legítimas e justas.

Algumas dessas limitações não têm previsão legal, mas decorrem do costume judiciário sustentado pela doutrina, como atualmente ocorre com a proibição de reperguntas pelo advogado do declarante no depoimento pessoal³⁸.

Entretanto, a falta de credibilidade de determinadas provas, ainda que fundada na observação daquilo que geralmente acontece, é um modo absolutamente imperfeito de conduzir os juízes a proferirem decisões conforme a verdade. Muitas vezes, a prova presumivelmente suspeita é a única prova de determinado fato. Outras vezes, a presunção do legislador de que determinada prova é suspeita já está inteiramente superada pela evolução dos costumes ou da própria sociedade. Em outras ocasiões, a prova presumidamente suspeita é de fato a mais confiável, porque particularidades do caso concreto evidenciam que é a que fornece elementos de convicção mais consistentes, mais verossímeis e mais coerentes com as demais circunstâncias apuradas.

Num processo que respeita amplamente o direito de defender-se provando, o juiz tem o dever de acolher e considerar todas as provas relevantes dos fatos probandos, mesmo aquelas que a lei presume suspeitas, desde que justifique racionalmente os motivos que o levaram a distanciar-se da recomendação da lei.

³⁸ M. A. Santos. *Prova...*, p.247.

O método cognitivo que contribui para a busca da verdade é o da absoluta liberdade. O estigma de que uma determinada prova é suspeita prejudica a capacidade crítica do juiz e o afasta da reconstrução objetiva e racional dos fatos.

Referindo-se ao método científico, Paul Feyerabend demonstra a importância da ruptura com regras pré-estabelecidas, para o aperfeiçoamento do conhecimento humano³⁹:

“(…) um dos aspectos mais notáveis das recentes discussões na história e na filosofia da ciência é a compreensão de que eventos e desenvolvimentos como a invenção do atomismo na Antiguidade, a Revolução Copernicana, o surgimento do atomismo moderno (teoria cinética, teoria da dispersão, estereoquímica, teoria quântica) e a emergência gradual da teoria ondulatória da luz ocorreram apenas porque alguns pensadores *decidiram* não se deixar limitar por certas regras metodológicas ‘óbvias’, ou porque as *violaram inadvertidamente*.

Essa prática liberal, repito, não é apenas um *fato* da história da ciência. É tanto razoável quanto *absolutamente necessária* para o desenvolvimento do conhecimento. Mais especificamente, pode-se mostrar o seguinte: dada qualquer regra, não importa quão ‘fundamental’ ou ‘racional’, sempre há circunstâncias em que é aconselhável não apenas ignorá-la, mas adotar a regra oposta”.

E, mais adiante, conclui:

“Está claro, então, que a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseia-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de suas circunstâncias. Para os que examinam o rico material fornecido pela história e não têm a intenção de empobrecê-lo a fim de agradar a seus baixos instintos, a seu anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’, ficará claro que há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*.”

4.6 - PROTEÇÃO DA CONFIANÇA PROFISSIONAL E DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Há dois valores humanos extremamente relevantes, ainda que não estejam explicitados em textos constitucionais, a não ser em situações especiais (art. 5º, inc. XIV) ou de modo indireto ou através da proteção da intimidade, que na sociedade contemporânea merecem especial proteção, podendo constituir fundamentos de limitações probatórias: a confiança profissional e a solidariedade familiar.

A primeira diz respeito à proteção do sigilo profissional relativo ao conhecimento da vida privada de pessoas físicas ou jurídicas por profissionais ou instituições a cujos serviços tenham elas de recorrer licitamente no exercício de quaisquer direitos: advogados, médicos, sacerdotes, bancos etc. Os profissionais ou instituições a quem as pessoas confiam informações sobre a sua vida privada, buscando aconselhamento ou patrocínio jurídico, aconselhamento ou tratamento médico ou religioso, a guarda de bens ou valores, têm o dever de manter sigilo sobre as informações que lhes são confiadas, não devendo revelá-las a terceiros por nenhum meio de prova. A possibilidade de

³⁹ Paul Feyerabend. *Contra o método*. São Paulo: editora UNESP, 2007, pp.37-42.

serem esses profissionais ou instituições forçados a fornecer a terceiros, ao próprio juiz ou aos peritos, por meio de algum meio de prova, essas informações, depende do grau de privacidade em que elas se situam, conforme já expusemos anteriormente.

Parece-me que as informações confiadas ao médico e ao sacerdote se incluem no primeiro grau de privacidade mais intensa, não podendo o sigilo ser sacrificado em benefício de qualquer outro direito, por mais valioso que seja, salvo por expressa autorização do próprio titular da informação.

Exceção ao caráter absoluto do sigilo médico é o dever de notificação compulsória de certas doenças altamente contagiosas, objeto dos artigos 7º a 13 da Lei 6.259/1975. O artigo 8º da referida lei impõe a qualquer cidadão o dever de notificação à autoridade sanitária local e o artigo 10 impõe o sigilo dessas informações. O parágrafo único do mesmo artigo 10 estabelece que a identificação do paciente, fora do âmbito médico sanitário, somente poderá efetivar-se em caráter excepcional, em caso de grave risco à comunidade a juízo da autoridade sanitária e com o conhecimento prévio do paciente ou do seu responsável. Nesse caso, a violação do sigilo profissional dependerá de um juízo de ponderação com o interesse público que agasalha o direito à vida e à saúde de uma multidão de outros cidadãos.

Ainda assim, fora dessas hipóteses legalmente previstas, certos episódios revestidos de grande dramaticidade têm sido objeto de intensas polêmicas, bastando citar dois exemplos. O primeiro, do médico que, conhecedor da epilepsia do paciente, é chamado a depor numa ação em que este pede a anulação da decisão do órgão de trânsito que cassou a sua carteira de habilitação por ter causado um acidente grave e que, em benefício da segurança do trânsito, é exortado pelo juiz a depor sobre o seu conhecimento a respeito do respectivo estado de saúde. O segundo, do sacerdote que do púlpito da igreja no domingo alertou a população masculina de que havia tomado conhecimento, em confissão de uma prostituta portadora de doença sexualmente transmissível, de que ela vinha mantendo relações sexuais com o maior número possível de habitantes da cidade com a intenção deliberada de contaminá-los. Chamado a depor posteriormente em ação de indenização de familiares de um habitante que faleceu em virtude da referida doença contra a prostituta que ouvira em confissão, é exortado pelo juiz a declarar se fora a ré que lhe havia confidenciado a contaminação intencional.

Nos dois casos, a doença não é uma informação de interesse exclusivo do paciente, incluindo-se, a meu ver, no segundo grau de proteção da privacidade, que deve ceder em benefício de interesse individual ou coletivo particularmente relevante, como é o da segurança do trânsito ou o da vida ou o da saúde. Se no primeiro caso, a anulação da cassação da carteira de habilitação vai pôr em risco a segurança do trânsito e, conseqüentemente, a vida, a integridade física e o patrimônio de inúmeras pessoas, no segundo caso, o dano à vida e à saúde, para uns já se consumou, resolvendo-se em reparação puramente patrimonial, para outros pode ser por ele evitado, desde que ao alerta do sacerdote seja dada adequada publicidade. Penso que no primeiro caso o médico não pode se acobertar no sigilo profissional para escusar-se de depor, enquanto no segundo deve o sacerdote invocá-lo, beneficiando-se da escusa e resguardando a privacidade da prostituta, porque existe um outro meio, que é o alerta à população, de evitar futuras contaminações.

O sigilo profissional do advogado é particularmente intenso, porque não pode ser por ele violado, nem mesmo se autorizado ou solicitado pelo cliente, segundo o artigo 7º, inciso XIX, da Lei nº. 8.906/94.

Já as informações acobertadas pelo sigilo bancário se incluem, em minha opinião, no segundo grau de privacidade, sujeitas a ponderação quando necessárias para a prova de algum outro direito ou interesse particularmente relevante.

Quanto à solidariedade familiar, ela constitui um elemento essencial na conservação e no aprofundamento dos laços afetivos que unem os membros de uma família, na participação das pessoas da família do âmbito mais restrito da vida privada de cada um dos seus membros e na assistência recíproca absolutamente desinteressada, especialmente em favor dos familiares, por qualquer motivo, mais necessitados.

Essa solidariedade é um instrumento de proteção da entidade familiar e deve ser respeitada pela Justiça, como integrantes do 2º grau de privacidade. As escusas de depor ou de exhibir fundadas em laços de família se destinam a assegurar essa proteção e devem ser respeitadas como limitações absolutamente legítimas, mas devem ser obrigatoriamente invocadas pelas pessoas que forem instadas a depor ou a exhibir, pois a elas pertence o juízo sobre a necessidade de utilizá-las, sujeitando-se ao juízo de ponderação. Já não é a solidariedade familiar que justifica o impedimento para depor dos familiares das partes, mas o risco da produção de provas suspeitas. Enquanto as escusas de depor são intransponíveis, o impedimento da testemunha decorrente do parentesco não é absoluto, devendo ser afastado pelo juiz que reputar necessário o depoimento para apuração da verdade, pois, apesar da suspeição, pode fornecer elementos necessários à clarificação das circunstâncias envolvidas no caso.

4.7 - INTERESSE PÚBLICO

Em todos os fundamentos anteriores podem ser identificadas exigências de algum modo lastreadas no interesse público, seja na celeridade, seja na segurança jurídica, seja no respeito ao procedimento legal, e até mesmo no respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, pois, afinal, a eficácia concreta dos direitos de todos interessa à sociedade como um todo, não sendo possível admitir que o Estado tenha algum interesse próprio que se contraponha ao respeito dos interesses dos particulares agasalhados pela lei⁴⁰.

A sistemática preponderância do interesse público, no sentido de interesse personificado no Estado, sobre os direitos individuais foi uma das causas da ruína do chamado Estado-Providência, porque sob o argumento da necessidade da preservação do bem comum, muitas vezes a dignidade humana e os direitos fundamentais foram sacrificados, implantando-se em vários países regimes autoritários nos quais foram perpetradas as mais terríveis atrocidades.

As trágicas experiências que a Humanidade viveu no século XX, daí decorrentes, não podem voltar a ocorrer e, por isso, o Estado de Direito Contemporâneo assenta os seus fundamentos no primado dos Direitos Humanos e não na sistemática supremacia do interesse público.

Entretanto, isso não quer dizer que sempre o interesse público deva ser sacrificado em benefício de algum direito individual, porque isso significaria, em última análise, pôr em risco a própria capacidade do Estado de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

⁴⁰ V. sobre a noção de interesse público e o seu confronto com os interesses privados Daniel Sarmiento (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2007.

A contraposição entre o interesse público e o interesse individual é problema recorrente na jurisdição civil, especialmente nas causas do Estado, que tem de ser equacionado por meio de critérios objetivos aptos a estabelecer entre eles o justo equilíbrio.

Em matéria criminal, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça da Alemanha já definiram que a boa realização da justiça penal é um valor nuclear do Estado de Direito, que pode ser ponderado por meio do princípio da proporcionalidade com a liberdade individual e outros direitos fundamentais. Esse valor é especialmente relevante quando se está diante da imputação de crimes de especial gravidade.

O *leading case* do *Bundesverfassungsgericht* é um julgado de 31 de janeiro de 1973 sobre escutas telefônicas, que decidiu o seguinte:

“Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave - contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade - as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas”⁴¹.

Todavia, vozes autorizadas da doutrina alemã, como as de Wolter e de Hassemer, alertam que não pode ficar sacrificado pela ponderação um núcleo essencial indisponível da dignidade humana em favor de uma suposta funcionalidade da justiça penal. Diz Wolter:

“a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados”⁴².

Se o Estado Democrático de Direito assenta na prevalência da dignidade humana e dos direitos fundamentais e se para que essa prevalência se efetive em benefício de todos ou de um grupo de cidadãos é necessário limitar o acesso à prova judiciária de determinados fatos, que favoreceria outro cidadão, é necessário ponderar o interesse público que protege a coletividade ou determinada atividade do Estado com o interesse perseguido pelo particular que àquele se contrapõe, identificando com precisão qual é tal interesse público e quais são os direitos fundamentais de outros cidadãos que correm o risco iminente de sacrifício, caso o interesse público invocado não venha a prevalecer.

É claro que tal ponderação deverá ser antecedida do esgotamento de todos os meios alternativos de acesso à prova do fato ou de preservação do interesse público, que possam ser adotados sem que sobrevenha o dano a um ou a outro.

Não se deve aceitar a supremacia absoluta de qualquer indeterminado interesse público, nem o acesso indiscriminado à prova em detrimento de preciso interesse público cujo sacrifício causará prejuízo grave e de difícil reparação a valiosos direitos fundamentais de outros cidadãos.

⁴¹ G. Grünwald. “Anmerkung”. In: *Strafverteidiger*. 1987, p.457, e “Anmerkung”. In: *Juristenzeitung*. 1976, pp.772 e ss., *apud* M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.31.

⁴² J. Wolter. *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*. München, 1991, p. 23, *apud* M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.38.

4.7.1 - SEGREDOS DE ESTADO

Dispõe o inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição que a todos é assegurado o direito de obter certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e o esclarecimento de situações. E o inciso LXXII do mesmo artigo institui o *habeas data*, “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante” ou para a retificação de dados. Por sua vez, o inciso XXXIII concede a todos o direito de obter informações de órgãos públicos, de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas as informações cujo sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Por fim, o art. 37 da Carta Magna submete a Administração Pública ao princípio da publicidade. A matéria está regulada nas Leis 8.159/91 e 11.111/2005.

A primeira conclusão a tirar dos mencionados dispositivos constitucionais é a de que para o conhecimento de dados pessoais do próprio requerente não colhe opor qualquer alegação de interesse público, por mais relevante que seja⁴³. Cumpre repelir, como consequência, restrição geralmente aceita antes da Constituição de 1988⁴⁴, de que somente teriam publicidade os atos da Administração consistentes em deliberações, não os pareceres, opiniões e informações que as instruem. A transparência da Administração Pública não permite que o funcionário público se oculte no sigilo para subtrair-se do controle social da sua exação no cumprimento dos seus deveres.

A segunda conclusão é a de que, para qualquer outro fim, a parte tem o direito de exigir a requisição de todos os documentos que se encontrem em poder da Administração Pública, que possam ser úteis à defesa em juízo dos seus interesses, porque o seu direito de defender-se provando não pode ser prejudicado pela recusa ou demora no fornecimento de certidões (CPC, art. 399)⁴⁵. A requisição dos autos de qualquer procedimento administrativo também não pode ser obstada, salvo quando a sua simples exibição, nos termos do artigo 41 da Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), for suficiente para que dele a parte extraia todos os elementos necessários à sua defesa⁴⁶.

Fundamento frequentemente invocado para a recusa de fornecimento de informações ou de documentos pela Administração é o chamado *segredo de Estado* que, em face do inciso XXXIII, do art. 5º, da Lei Maior, pode hoje ser conceituado entre nós como o sigilo de atos e documentos constantes dos arquivos de órgãos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, essa ressalva constante da parte final do preceito “não pode ser banalizada, sob pena de se tornar inócua a garantia de que se cuida”⁴⁷.

José Afonso da Silva elucida que a segurança do Estado é a garantia da sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros; e a segurança da sociedade é a garantia da ausência de conflitos que ponham em risco a ordem pública⁴⁸.

⁴³ V. Gilmar Ferreira Mendes *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.589.

⁴⁴ M. A. Santos. *Prova...*, pp. 276-277.

⁴⁵ V. Lei 9.784/99, arts.37 e 46; Lei 10.259/01, art.11.

⁴⁶ V. Leonardo Greco. “As garantias fundamentais do processo na execução fiscal”. In: *Execução civil (aspectos polêmicos)*. João Batista Lopes. Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: ed. Dialética, 2005, pp. 249/266.

⁴⁷ G. F. Mendes *et alii*. *Curso...*, p.589.

⁴⁸ José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.129.

Sem dúvida se incluem na noção de segredo de Estado os segredos militares, enquanto durarem as operações de guerra, e o segredo diplomático. Em outras situações em que a Administração invoque o sigilo, o próprio Judiciário terá de avaliar a sua gravidade através do exame de circunstâncias concretas excepcionalmente relevantes que caracterizem o perigo iminente de abalo da segurança da sociedade e do Estado, porque o Direito brasileiro não conhece a suspensão individual de direitos fundamentais, mas apenas a suspensão coletiva nas situações que ensejam a decretação do estado de sítio ou do estado de defesa, com a observância das rígidas regras prescritas na própria Constituição (art. 136).

Em outros países, existem mecanismos mais aperfeiçoados para avaliar essas situações. Assim, por exemplo, na França, admite-se que o Ministro de Estado ao qual está vinculado o órgão público retire do documento requisitado pelo juiz a parte que deva ficar acobertada pelo sigilo, fornecendo o teor restante. Nesse país, também, em alguns casos, a lei institui uma autoridade independente para intermediar a requisição judicial e ponderar a conveniência ou não do seu entendimento. Uma última solução possível, evitando o confronto entre os poderes, é o juiz, na avaliação das provas, considerar a recusa da Administração como um indício de pretender ocultar a prova de fato que lhe é desfavorável⁴⁹. Isso pode funcionar quando na causa uma das partes é o Estado, mas não quando o Estado é terceiro.

O certo é que a separação de poderes não pode servir de desculpa para que a Administração Pública se esquive do seu dever de colaborar com o Judiciário no descobrimento da verdade, porque o nosso Estado de Direito assenta-se sobre o primado dos direitos fundamentais e ao Judiciário cabe o controle externo dos atos da Administração, sendo ele próprio o único juiz dos seus próprios limites, segundo a lição insuperável de Pedro Lessa⁵⁰. Assim, a busca e apreensão de documentos ou a intervenção judicial em órgão administrativo para assegurar o acesso à prova serão providências extremas, mas de que o Judiciário não deve ter receio de fazer uso, em cumprimento da sua missão constitucional⁵¹.

Não por outra razão, o art. 24 da Lei 8.159/91 determina que o Poder Judiciário, em qualquer instância, poderá “determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte”.

4.8 – BOA-FÉ

“No processo, como na guerra e na política, a moral não entra”, aforisma extraído por Comoglio da obra clássica de Goldschmidt, *O processo como situação jurídica*, serve como ponto de partida para demonstrar que a concepção que ele representa, foi inteiramente superada pela noção de *processo justo* ou garantístico, vitoriosa a partir da segunda metade do século XX. Todo processo é um drama humano, uma interação entre seres humanos, em busca do reconhecimento e da efetividade de direitos por alguns deles invocados. É, portanto, um acontecimento da vida humana, que interrelaciona pessoas que devem respeitar-se mutuamente, na sua dignidade humana e nos seus direitos fundamentais. Se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade

⁴⁹ Alain Plantey e François-Charles Bernard. *La preuve devant le juge administratif*. Paris: Economica, 2003, pp.117-118.

⁵⁰ Pedro Lessa. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p.299.

⁵¹ V. o meu estudo “Execução de liminar em sede de mandado de segurança”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.131-174.

num ambiente de convivência inspirado nos “valores fundamentais da civilidade e da democracia”⁵².

A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual, “como aqueles que fazem lances em hasta pública”⁵³.

Tem-se robustecido recentemente na doutrina processual a tutela da boa-fé como elemento balizador da eficácia dos atos processuais e fator de convalidação de eventuais vícios desses atos.

Há um progressivo abandono de uma concepção meramente repressiva das condutas desleais e uma preocupação crescente, resultante dos princípios da previsibilidade e da confiança legítima, de alcançar a máxima eficácia possível dos atos das partes e do juiz, aproveitando sempre o seu conteúdo, salvo se violador de um princípio imperativo de ordem pública precisamente identificado ou de um direito fundamental indisponível.

Muitas vezes as suspeitas do legislador em relação à credibilidade de um ato, consubstanciadas na imposição de requisitos formais extraídos da experiência comum, revelam-se infundadas ou a sua inobservância não impede que o ato tenha atingido a sua finalidade. Em matéria probatória, conforme já observei, a harmonia das afirmações de uma testemunha incapaz com todos os indícios que cercam os fatos probandos pode auxiliar o juiz a reconstruir com bastante segurança o que efetivamente ocorreu, sem que se cogite declarar nulo o processo pelo descumprimento da proibição de inquirir testemunha incapaz. Eis aí mais um dos reflexos do formalismo-valorativo.

Desse modo, pode-se afirmar com segurança que, independentemente da ponderação dos interesses em jogo, a boa-fé pode constituir critério útil para solucionar o conflito entre a busca efetiva da verdade e algumas limitações probatórias.

A boa fé também deve ser invocada para legitimar a produção de provas ilícitas, quando o sujeito responsável pela sua obtenção tiver motivos suficientes para supor que a sua obtenção não foi ilícita. Se a lesão ao direito fundamental por ela violado é totalmente irreversível e o único efeito prático da proibição seria o de evitar a repetição da sua prática (*deterrent effect*), não se justifica a fragilização da busca da verdade, a não ser na medida em que eficiente como meio de tutela do direito fundamental⁵⁴.

5.- CRITÉRIOS GERAIS APLICÁVEIS ÀS TRÊS ESPÉCIES

Percorridos os diversos fundamentos que podem justificar as limitações probatórias, acredito ser possível fixar critérios gerais básicos que devam servir para equacionar o modo de compatibilização dessas limitações com a busca da verdade, em cada uma das três categorias da classificação de Gian Franco Ricci.

⁵² Luigi Paolo Comoglio. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p.3-8.

⁵³ Alcides de Mendonça Lima. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v.16, São Paulo, 1979, p.15-42, *apud* Rui Portanova. *Princípios do processo civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p.157.

⁵⁴ V. Marina Gascón Abellán. “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. In: Jordi Ferrer Beltrán *et alii*. *Estudios sobre La prueba*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p.84-85, referindo-se a julgados da Corte Suprema americana nos casos *United States v. Leon* (1984), *Illinois v. Krull* (1987) e *Arizona v. Evans* (1995), e à sentença 22/2003 do Tribunal Constitucional da Espanha.

5.1 – CARÁTER INDICATIVO DA PROIBIÇÃO DE PROVAS SUSPEITAS

A proibição de provas presumivelmente suspeitas, como as incapacidades, impedimentos e motivos de suspeição para prestar depoimento pessoal ou como testemunha (CPC, arts. 8º e 405), a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227) ou sobre fato já provado por documento ou confissão (CPC, art.400) não pode ter maior força do que a de um simples alerta ao juiz.

Lessona defendia essas espécies de prescrições legais, porque, segundo ele, a lei avalia os resultados da lógica e da experiência e, desse modo, elimina arbítrios e injustiças⁵⁵. Muitas limitações probatórias, especialmente as que visam a repudiar provas presumivelmente suspeitas, são máximas da experiência que o legislador extrai da observação do que comumente acontece, para resguardar a credibilidade da prova. São alertas ao juiz para ir em busca, sempre que possível, da prova melhor, que não podem impedi-lo, entretanto, de investigar a verdade, com os meios de que dispõe, quando se afigurar necessária uma dessas provas como instrumento de sua apuração. Algumas dessas limitações, como a proibição de reperguntas do advogado ao seu cliente que presta depoimento pessoal, não têm previsão legal expressa, resultando do costume. À falta de provas mais seguras, deve o juiz produzi-las e têm as partes o direito de que sejam superadas essas limitações, justificando o juiz na decisão que as admitir a necessidade da sua produção. É o que ocorre, por exemplo, com a proibição de depoimento pessoal de pessoas incapazes, com a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344), com a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353), com a subordinação da força probante do documento particular à assinatura, com as incapacidades, os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art.405; Código Civil, art.228), com a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227) e com a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado.

5.2 – FLEXIBILIZAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

As limitações procedimentais, como as decorrentes da inobservância de prazos e de preclusões, como regra, devem ser respeitadas, para assegurar a boa marcha do processo, a celeridade e a observância do princípio da confiança legítima. Entretanto, devem ser afastadas se a parte requerer a prova tardiamente, justificando a sua necessidade ou utilidade e o motivo do retardamento, que evidenciem que este não resultou de manifesta má-fé, com o intuito de procrastinar o desfecho do processo. É o que ocorre com a preclusão da proposição e da produção de provas não requeridas nos articulados da fase postulatória (CPC, arts. 282 e 300), com a proibição de prova nova em grau de apelação (CPC, art. 517), com as restrições à juntada de documentos posterior aos articulados (CPC, arts. 396 a 398, 326 e 327), com a preclusão dos prazos para oferecimento do rol de testemunhas e para requerer esclarecimentos orais aos peritos (CPC, arts. 407 e 435), com a limitação do número de testemunhas (art.407) e com a limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC, art. 425).

⁵⁵ Carlo Lessona. *Trattato delle prove in materia civile*. 3ª ed. Vol. I. Firenze: Casa Edtrice Libreria Fratelli Cammelli, 1922, pp.12/13.

5.3 – PONDERAÇÃO NO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade humana, a privacidade, a segurança jurídica, a proteção da confiança profissional e da solidariedade familiar, assim como o interesse público podem contrapor-se no processo como sustentáculos tanto da busca da verdade como das suas limitações. Já vimos como a proibição do arbítrio exige a objetivação da aplicação do princípio da proporcionalidade nos conflitos entre direitos fundamentais, através da definição de uma hierarquia entre eles. No conflito entre direitos fundamentais e o interesse público é preciso identificar objetivamente em que consiste este último e quais são os direitos fundamentais por ele resguardados para propiciar a ponderação. Essa hierarquia pode ser estabelecida por escolhas do legislador, desde que razoáveis, ou pela construção doutrinária ou jurisprudencial, como ocorreu na Alemanha com a teoria dos três graus de tutela da privacidade. Na impossibilidade da ponderação *in abstracto*, a ponderação *in concreto* deve ser objetiva e deve ser feita, preferencialmente, por um órgão independente, que, a meu ver, em muitos casos, não deveria ser o próprio juiz da causa.

Escutas telefônicas, quebra do sigilo bancário e fiscal, exibição ou apreensão de documentos que acobertam o sigilo industrial, requisição de documentos cuja revelação pode afetar a segurança do Estado, para instruir processos judiciais, são exemplos noticiados diariamente nos jornais de violações de limitações probatórias que, de um lado se fundamentam na necessidade de apuração da verdade para reconhecer e tutelar o direito de alguns, mas, de outro lado, podem tornar-se instrumentos de abusos, pois acabam por servir a outros interesses muitas vezes ilícitos.

O juiz da causa não se encontra na posição ideal para definir se tal tipo de prova deve ou não ser deferido, por inúmeras razões. A primeira delas é o risco de deixar-se impressionar por provas ilícitas que, mesmo que desentranhadas depois de trazidas aos autos, já podem de algum modo influenciá-lo, se ele não for suficientemente cuidadoso na formação do seu convencimento.

De outro lado, muitas vezes não há como trazer para o processo as informações necessárias para elucidar o fato probando, sem que elas venham acompanhadas de outras informações inteiramente dissociadas dessa função, e às quais as partes não têm o direito de ter acesso.

Ademais, cumpre dar a esses conflitos um tratamento uniforme, em benefício do respeito aos direitos fundamentais, à isonomia, à confiança legítima e ao equilíbrio social, especialmente quando esse tipo de prova vai atingir a esfera da privacidade de terceiros, que não são sequer partes no processo.

Na França, a devassa do patrimônio do devedor para apurar onde se encontram os seus bens na execução, não cabe ao juiz da causa, nem ao executor judicial, mas ao Ministério Público, que serve de intermediário entre o juiz da execução e todas as instituições públicas ou privadas em que se encontram as informações desejadas, transmitindo àquele apenas os elementos necessários à marcha da execução e preservando o sigilo das demais.

Em muitos países, como a própria França e a Itália, foram instituídos órgãos especiais dotados de absoluta autonomia, as chamadas autoridades administrativas independentes, que estabelecem critérios uniformes de solução desses conflitos de direitos fundamentais ou do conflito destes com o interesse público, para assegurar, de um lado, o mais amplo acesso possível às provas necessárias à instrução dos processos judiciais e, ao mesmo tempo, preservar ao máximo o interesse público e os direitos fundamentais que possam sofrer ameaça em razão desse objetivo.

No Brasil, não obstante a consistente sustentação dessa solução por Danilo Doneda, a respeito da proteção dos dados pessoais cotidianamente difundidos com invasão da privacidade por sítios da *internet*⁵⁶, considero que seria utópico e até altamente perigoso adotar esse modelo, porque não temos tradição da criação de órgãos administrativos dotados de verdadeira independência. Aí estão as chamadas agências reguladoras para demonstrar essa nossa incapacidade.

O único Poder capaz de instituir órgãos com alguma independência é seguramente o Judiciário, em razão da forma de provimento dos seus cargos e das garantias que são constitucionalmente asseguradas aos seus titulares.

Entretanto, cabe distinguir três situações inteiramente diversas: a) a primeira é aquela em que o direito fundamental ou o interesse público já foi violado através da obtenção ilícita da prova que chega ao conhecimento do juiz para a sua regular produção no processo; b) a segunda é aquela em que, no curso do processo, uma parte exige da outra a produção de determinada prova, que esta considera ilícita ou sujeita a alguma escusa probatória; c) a terceira é aquela em que uma das partes ou o próprio juiz pretendem ter acesso a prova em poder de terceiro, podendo essa produção violar direito fundamental, interesse público ou constituir prova ilícita.

Nas duas primeiras hipóteses, parece-me que a admissibilidade da prova deva ser decidida pelo próprio juiz da causa. No primeiro caso, já tendo sido violado direito fundamental contraposto ao direito à prova, caberia apenas examinar a possibilidade da sua utilização no processo em curso, o que é matéria de interesse exclusivamente endoprocessual, sujeita à avaliação da boa-fé do proponente. O risco de contaminação precisaria ser afastado, dando o juiz demonstração cabal na sua futura decisão de que de nenhum modo deixou-se influenciar pela prova ilícita eventualmente indeferida. Essa é uma têmpera, um vigor moral, que a sociedade tem o direito de exigir dos juízes, o de saber separar os fatos e provas que podem ou não ser levados em consideração na formação do seu convencimento. No segundo caso, também me parecem preponderantes o interesse na paridade de armas dentro do processo e o equilíbrio entre as partes, objetivos que devem ser superiormente atingidos por meio da apreciação do comportamento das partes pelo juiz da causa. Neste último caso, poderia a lei processual vir a exigir que o juiz ouvisse o órgão do Ministério Público ou, ainda que sigilosamente, auscultasse a opinião, como *amici curiae*, de pessoas e instituições públicas ou privadas para instruir a sua decisão a respeito de que interesse deveria prevalecer ou de que modo conciliá-los com o menor prejuízo possível para ambos.

Na terceira hipótese, entretanto, parece-me que a lei processual deveria determinar que fosse provocado, pelo próprio juiz, por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo terceiro interessado, incidente perante um outro juízo especializado, que seria o único competente em determinada área geográfica ou em toda a organização judiciária para resolver, quanto à requisição de provas junto a terceiros, quando houvesse conflito entre direitos fundamentais ou entre estes e o interesse público, assim como para colher as informações necessárias para decidir em que medida podem ser parcialmente limitados os direitos fundamentais ou o interesse público contrapostos ao direito à prova, para assegurar, de um lado, o mais amplo acesso à verdade e, de outro, a mais adequada proteção do interesse contraposto.

Esse órgão jurisdicional poderia ser uma câmara ou turma de um tribunal superior. Não seria a primeira vez em que a lei processual outorgaria a um tribunal de grau superior resolver um incidente sobre questão suscitada em processo em curso no primeiro grau de jurisdição. Vejam-se

⁵⁶ Danilo Doneda. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006, pp. 385 e ss.

os antecedentes dos conflitos de competência (CPC, arts. 118-124) e das exceções de impedimento e de suspeição do juiz (arts. 313-314).

Aliás, em alguns países, como a França, certas questões urgentes, como as liminares cautelares, são da competência originária de magistrados integrantes de tribunais de segundo grau.

Enquanto isso não ocorrer, ao próprio juiz da causa caberá a difícil missão de resolver esses conflitos, atento ao alcance dos fundamentos das limitações probatórias e ao interesse superior de busca da verdade.

6. CONCLUSÃO

Estabelecidos esses critérios, poderíamos prosseguir no exame analítico de todas as limitações probatórias existentes na lei processual⁵⁷, tarefa em grande parte desenvolvida com excepcional maestria e visão de futuro por Moacyr Amaral Santos na sua insuperável *Prova Judiciária*, baseados em princípios bem mais sólidos que, com bastante segurança, podem atualmente ser hauridos na teoria dos direitos fundamentais, na efetividade e no garantismo processuais.

De qualquer modo, a lição que espero poder extrair, desde logo, destas reflexões é a de que as limitações probatórias previstas em lei não podem mais ser consideradas intangíveis e insuperáveis. Para não ultrapassar o limite da inconstitucionalidade, à maioria delas deve ser atribuído caráter meramente indicativo; outras devem ser predominantemente observadas em benefício da boa marcha do processo, mas podem ser afastadas excepcionalmente em razão de motivos relevantes; outras, ainda, deverão ser objeto de cuidadosa ponderação à luz do conflito de direitos fundamentais; e, por fim, apenas algumas poucas devem considerar-se insuperáveis em razão da necessidade de proteção de um núcleo duro e impenetrável de direitos da personalidade, ao qual deve ceder até mesmo o elevado ideal de descoberta da verdade a que justamente aspiram os seres humanos quando ocorrem em busca da Justiça.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 2009

⁵⁷ V. nota 15.

O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO DIREITO BRASILEIRO E NO PROJETO DE LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

BIANCA OLIVEIRA DE FARIAS

Mestre em Direito. Professora de Direito Processual. Civil da UCAM. Advogada no Rio de Janeiro.

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Pós-Doutor em Direito. Professor de Direito Processual. Civil na UERJ e na UNESA. Promotor de Justiça no R.J.

RESUMO: O texto trata, num primeiro momento, do instituto do Compromisso de Ajustamento de Conduta, examinando sua definição, natureza jurídica, requisitos, legitimidade, alcance e conseqüências. Vistas as regras gerais, é estudada sua potencial utilização na atualidade e no Projeto de Lei de Ação Civil Pública.

PALAVRAS-CHAVE: COMPROMISSO. AJUSTAMENTO. CONDUTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico do surgimento do termo de ajustamento de conduta. 3. O Termo de Ajustamento de Conduta e a Transação - Semelhanças e Distinções. 4. Conceito e classificação. 5. Características e requisitos de validade. 6. Legitimidade. 7. Natureza Jurídica. 8. Finalidade e efeitos. 9. Termo parcial, co-legitimados e terceiros no compromisso de ajustamento de conduta. 10. Foro competente, responsabilidade e vícios no termo de ajustamento. 11. Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação. 12. A redação do artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92 e o posicionamento doutrinário. 13. Reflexões sobre o Projeto da Lei da Ação Civil Pública.

1. Introdução:

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 formas⁵⁸.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade, Para uma teoria geral da política*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

Como é cediço, o Estado, no exercício de sua soberania, desempenha basicamente três funções: administrativa, legislativa e jurisdicional. A última, também denominada jurisdição, guarda estreita pertinência com o tema ora estudado⁵⁹.

Ao invocar para si o monopólio da função jurisdicional, visou o Estado coibir a chamada “justiça de mãos-próprias”.⁶⁰ Mas, nem sempre foi assim⁶¹.

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.

Em 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 decisão⁶², posto que dotado da devida neutralidade. Transfere-se, então, ao Estado o exercício da função jurisdicional⁶³.

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 conseqüentemente a função jurisdicional, vêm sendo muito criticados⁶⁴.

Nesse diapasão, surge o chamado movimento de acesso à justiça⁶⁵, ou na expressão de Kazuo Watanabe “acesso à ordem jurídica justa”⁶⁶, que vem contestando a falta de efetividade do processo,

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

⁶⁰ Hodiernamente, o exercício da chamada vingança privada, ainda que legítima, constitui crime tipificado no artigo 345, do Código Penal.

⁶¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

⁶² FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

⁶⁴ Por todos, FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

⁶⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

buscando fundamentalmente aprimorá-lo para que o “consumidor” da tutela jurídica, detentor do direito material em questão, consiga auferir melhor proveito. Notável influência exerceu, nesse sentido, o jurista italiano Mauro Cappelletti que deflagrou o movimento doutrinariamente denominado: “ondas do acesso à justiça”⁶⁷.

Ao desenvolver a terceira onda renovatória de acesso à justiça, de caráter eminentemente instrumentalista, o mencionado doutrinador acabou por atribuir maior importância às formas extrajudiciais de solução de lides⁶⁸. A natureza coletiva dos interesses muitas vezes envolvidos leva a uma mudança de perspectiva⁶⁹ na medida em que se passa a perceber que, em tais casos, mais eficiente do que a eventual condenação pecuniária do réu é a obtenção de acordos e medidas capazes de garantir a ocorrência da lesão em tela ou, ainda, a pronta e efetiva reparação do prejuízo causado⁷⁰.

Com o desenvolvimento destas formas de resolução de litígios alcançamos inegável progresso nas relações processuais posto que, assim, é possível obter-se a tutela dos interesses em questão de forma de forma célere, na medida em que tais meios de solução de litígios primam pela informalidade e dispensam os entraves burocráticos enfrentados constantemente no curso de um processo⁷¹. Ademais, o Judiciário também é beneficiado na medida em que diminuem significativamente o número de ações ajuizadas ou que aguardam a prolação de sentença⁷².

Essa conquista processual ameniza, portanto, dois grandes problemas: a morosidade e o alto custo dos processos judiciais que são, ainda, excessivamente burocráticos, alheios à realidade econômica e social que os circundam, findando, em algumas hipóteses, em representar até a formalização da injustiça.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*, publicado na obra coletiva *Juizados Especiais de Pequenas Causas*, coord. de Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.163.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. (sem indicação de tradutor). *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, in Revista de Processo, vol. 5 – separata.

⁷⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Tutela Coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. (artigo publicado na Revista Direito Público II, organizada pela Escola Federal de Direito, Editora Federal, São Paulo, SP, 2005, pp. 91/112).

⁷¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Cabe ainda ressaltar que estas formas alternativas de solução de litígios, perfeitamente consoantes com o princípio de cunho constitucional do acesso à justiça, não implicam, nem de longe, na formação de um movimento de privatização da justiça⁷³.

Nesse sentido, perfeita é a abordagem feita por Geisa de Assis Rodrigues⁷⁴:

“A Justiça estatal continua sendo o foro mais importante de solução de litígios, existindo, inclusive, uma estreita relação entre os modos alternativos de solução de controvérsias e os Tribunais, principalmente porque estes, ao exercerem seu papel de definir o direito que deve prevalecer nos conflitos a ele subsumidos, emitem mensagens que irradiam para todo o sistema”.

É nesse cenário que se impõe a necessidade de uma detalhada reflexão acerca do termo de ajustamento de conduta e de sua aplicação no âmbito do ordenamento atual e das perspectivas que já se apresentam com o novel Projeto de Lei que visa a disciplinar a ação civil pública.

2. Breve histórico do surgimento do termo de ajustamento de conduta:

O processo que leva ao surgimento do termo de ajustamento de conduta tem início na década de 80. Este período é comumente denominado como “década perdida” na economia mas, contrariamente, é tido como período de grande evolução na seara jurídica.⁷⁵Ocorrem notáveis progressos legislativos⁷⁶, O Ministério Público fortalece-se como nunca antes ocorrera, ganha destaque a tutela dos direitos e garantias dos cidadãos, cresce a preocupação com a resolução breve de pequenas causas e com a tutela dos direitos difusos sob a perspectiva do acesso à justiça. Engajadas nessa perspectiva, surgem as leis nº: 7244/84⁷⁷, 7347/85 e 8429/92.

Rompem-se, então, antigos dogmas. A celeridade e a instrumentalidade passam a ganhar destaque quando da análise processual⁷⁸. Uma sucessão de mudanças começa a ocorrer no Código de Processo Civil, ao mesmo tempo em que a tutela dos chamados direitos transindividuais ganha acentuada relevância e, por fim, é editado o Código de Defesa do Consumidor que veio a assumir papel de extrema relevância diante da nova realidade processual que se apresentava.

⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?* in Temas de Direito Processual, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp. 7/18.

⁷⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *A Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.58.

⁷⁵ HOBBSBAWN, Eric. *O breve século XX 1914-1991*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁷⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 33/43.

⁷⁷ O artigo 55, parágrafo único da lei 7244/84 é apontado pela doutrina como o antecedente do termo de ajustamento de conduta. Dispõe tal artigo: “valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

⁷⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 03/66.

Assim, o termo de ajustamento de conduta, já previsto no artigo 211 da lei 8069/90, passa a ser regulamentado nos termos do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, instrumento que veio a introduzir o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pelo que a nova disposição passou a ser aplicável aos direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, aos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, considerada a norma do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública.

Convém destacar que a previsão do compromisso de ajustamento de conduta pela Lei supra-referida, acabou por tornar inócuo o veto ao parágrafo 3º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, posto que repetia as disposições inicialmente vedadas.⁷⁹

Há, ainda, previsão expressa nos parágrafos 1º ao 4º da Lei nº 8.884/94, Diploma que se aplica à ordem econômica, e nos parágrafos 1º ao 8º do art. 79-A da Lei nº 9.605/98, que cuida das infrações contra o meio ambiente.

É possível afirmarmos, portanto, que o estudo do termo de ajustamento de conduta conjuga, necessariamente, três variáveis: os direitos transindividuais, a solução extrajudicial de conflitos e as implicações do Princípio Democrático⁸⁰ na definição de decisões políticas que têm como pano de fundo a tutela dos direitos do homem enquanto inserido numa determinada sociedade.

Isto porque, como é cediço, no Estado Democrático de Direito, alia-se justiça e democracia, entendida a última como o direito a ter direitos, recorrendo-se a mecanismos de proteção da tutela preventiva e repressiva da agressão aos direitos como forma de acesso pleno à justiça, assim compreendido o direito a uma ordem jurídica justa, conhecida e implementável. É o chamado direito altruísta, ou seja, o direito a ter outros direitos.

Devemos ter sempre em mente que o direito que não se preocupa com o acesso à justiça não tem compromisso com a realidade. Sendo certo que a tutela estritamente individual não mais era capaz de permitir o real acesso à justiça, advém a proteção de direitos coletivos como decorrência fundamental do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o termo de ajustamento de conduta surge em momento de redemocratização das instituições e de radical mudança ideológica por parte dos operadores do Direito.

⁷⁹ O veto ao dispositivo mencionado deu-se ao argumento de que seria impossível a execução de obrigação de fazer fundada em título extrajudicial, o que não mais procede com o advento da lei 8953/94. Para análise mais detalhada do assunto, veja-se MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999.

⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.195.

Aliás, essa guinada na direção a ser seguida quando da análise e resolução dos litígios era a única solução para que se pudesse prestar a tutela jurisdicional de forma satisfatória, posto que, nos moldes em que tradicionalmente se apresentava, não mais correspondia aos anseios da sociedade brasileira, que já era uma sociedade eminentemente de massa e encontrava-se desprovida de qualquer proteção às relações de consumo⁸¹.

3. O Termo de Ajustamento de Conduta e a Transação - Semelhanças e Distinções:

Importante ressaltarmos, *ab initio*, que o termo de ajustamento de conduta não possui similaridade com qualquer outro instituto alienígena, ao contrário do que ocorre com outras formas de resolução de conflitos por nós adotadas, tal qual a transação penal, prevista na Lei nº 9099/95, e a formação das ações coletivas, nos moldes da Lei nº 7347/85.

Como é cediço, o primeiro instituto encontra equivalente no direito americano e no direito inglês. No primeiro caso, a correspondência ocorre na figura do *plea bargaining* e no segundo caso do *plea guilty*, também denominado *guilty plea*.⁸²

No segundo caso, a semelhança aparece quando da comparação de nossas ações coletivas com as chamadas *class actions*.

Assim, o direito norte-americano⁸³ prevê instituto correspondente à transação penal, mas não possui nenhum instituto que seja equiparável ao termo de ajustamento de conduta, ou seja, não prevê a existência de nenhum instituto que, ainda na fase investigatória, permita a formação de um acordo que, uma vez cumprido, leve ao imediato arquivamento do feito e que, se descumprido, permita a imediata execução do mesmo.

Nesse passo, a transação referendada pelo Ministério Público, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil e do artigo 57, parágrafo único, da lei 9099/95 é regulada pelo art. 840 e seguintes do Código Civil e pressupõe a disposição sobre direitos patrimoniais de caráter privado.

⁸¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23.

⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Introdução do Instituto da Transação Penal no Direito Brasileiro e as Questões daí Decorrentes*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.48.

⁸³ A Rule 23, “e” do FRCP cuida do “settlement” que não se confunde com o ajustamento de conduta.

Cumpre-nos então, sucintamente, apontar os principais pontos de distinção existentes entre o compromisso de ajustamento de conduta e o instituto da transação.

Muito embora ambas possuam, por expressa determinação legal, natureza de título executivo extrajudicial, a Lei dos Juizados Especiais traz em seu bojo uma transação típica, realizada entre partes capazes, acerca de direitos disponíveis, podendo a mesma vir a ser referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Ressalte-se que tal instrumento é destinado à tutela de direitos individuais. Não obstante haja, eventualmente, pluralidade de partes nos pólos ativo ou passivo da relação processual, haverá, na totalidade dos casos, identidade entre o titular do direito e aquele que está legitimado a transigir.

Ainda no tocante ao instituto da transação, convém lembrarmos que, nesse caso, o integrante do Ministério Público ou da Defensoria Pública poderá apenas mediar o acordo, atuando como coadjuvante.

O termo de ajustamento de conduta, por sua vez, é celebrado pelo *Parquet* ou pelos demais legitimados, com a outra parte. Desta forma, quando da celebração do referido compromisso, os órgãos públicos serão os personagens principais da trama, pois atuarão como partes no acordo.

Nesse caso, a titularidade do direito não coincide com a legitimidade para firmar o ajuste de conduta, posto que os direitos transindividuais pertencem à sociedade e não aquele que está celebrando o ajuste. Como se torna evidente, temos aqui, ao contrário do que ocorre na transação, hipótese de tutela coletiva de direitos.

4. Conceito e classificação:

Seguindo na análise pontual do termo de ajustamento de conduta, compete-nos apresentar as modalidades de compromisso existentes.

Partimos, então, da definição deste instituto. Nesse diapasão, válida é a observação dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho⁸⁴:

“Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.4.

difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”.

Passando à classificação do instituto ora em tela, convém ressaltar que, em sede doutrinária, é comum encontrarmos a subdivisão do termo de ajustamento de conduta em: compromisso extrajudicial e judicial, o último compreendido como o ajuste firmado pelo réu perante o juiz, no curso da ação civil pública.⁸⁵

No tocante ao termo de ajustamento de conduta judicial, um aspecto peculiar é destacado por alguns autores. Entendem certos doutrinadores que, apesar de firmado perante o órgão jurisdicional, o instrumento sempre mantém seu caráter autônomo já que, segundo os mesmos, consistiria num título executivo extrajudicial *ex vi legis*.

Parcela doutrinária, contudo, sustenta que, uma vez celebrado em juízo, o termo de ajustamento de conduta adquire natureza de título executivo judicial com todas as particularidades a ele inerentes, muito embora possua a mesma finalidade visada pelo compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial.⁸⁶

Por fim, uma terceira corrente sustenta a possibilidade da conversão do compromisso extrajudicial em judicial. Para tanto, seria necessário distribuir o termo de compromisso extrajudicial a órgão judicial, que então o homologaria, dando-lhe a chancela de compromisso judicial.⁸⁷

5. Características e requisitos de validade:

São seis as características do termo de ajustamento de conduta comumente apontadas pela doutrina. Assim: a) dispensa testemunhas instrumentárias, bastando que conste no título a assinatura do compromitente e do compromissário ; b) o título gerado é extrajudicial ; c) mesmo que verse apenas sobre ajustamento de conduta, passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer; d) na parte em que comine sanção pecuniária, permite execução por quantia líquida em caso de descumprimento da obrigação de fazer⁸⁸; e) mesmo que verse apenas acerca de obrigação de fazer, pode ser executado independentemente da prévia ação de conhecimento; f) é imprescritível.

⁸⁵ A classificação citada é sustentada por CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Idem*, p.7.

⁸⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. Cit, pp.234/236 e PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *A Transação no Curso da Ação Civil Pública*, artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, nº 16, outubro-dezembro, 1995, p.123.

⁸⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina A Ação Civil Pública*, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992. Ver livro de teses, tomo I, pp.398-409.

⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, pp. 643/644.

Isto porque, o legislador preferiu não estabelecer prazo específico de prescrição para a ação civil pública e podia tê-lo feito, daí, frente os fundamentos do instituto e a singularidade da tutela coletiva, tem-se a imprescritibilidade do compromisso de ajustamento de conduta.

Passando à análise dos requisitos de validade do instituto ora em tela, necessário é subdividirmos o estudo em quatro diferentes aspectos, quais sejam subjetivos, objetivos, formais e temporais.

Os requisitos subjetivos referem-se às pessoas ou entes que podem fixar, regularmente, o termo de ajustamento de conduta. Assim, participam da fixação de tal compromisso o obrigado, ou seja, aquele que deve adequar sua conduta ao estipulado no termo e um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública.⁸⁹

Os requisitos objetivos referem-se ao conteúdo do compromisso de ajustamento de conduta. Isto porque, o termo não pode ter por objeto mera confissão de dívida, deve conter, também, a promessa de que certa conduta será adequada, por meio de ação ou omissão, ao disposto em lei.

Quanto aos requisitos formais, dispõe a doutrina inexistirem exigências expressas, como ocorre, de ordinário, em todos os atos administrativos⁹⁰, salvo exceções expressas, como, por exemplo, as contidas no artigo 76-A da Lei 9605/98 e na Lei 8884/94.

Cumprir destacar que tal instrumento deverá ser sempre escrito em vernáculo e motivado.⁹¹

Além disso, deve o termo conter o prazo para cumprimento das obrigações, a identificação das partes signatárias, deve ser público e a obrigação cumprida deve estar prevista de forma clara, ou seja, deve ser líquida e certa.

Por fim, quanto aos requisitos de ordem temporal, ressaltamos que o termo de ajustamento de conduta produz seus efeitos a partir do momento em que é regularmente tomado pelo órgão legitimado e que não nos parece ser obrigatória a presença de cláusula prevendo o prazo de vigência do compromisso, desde que o termo preveja um prazo para o adimplemento das obrigações que fixou.

A razão para tal afirmação é bastante evidente, posto que, inexistindo previsão temporal para o cumprimento das obrigações estabelecidas, inegável será a tendência ao inadimplemento e, por conseguinte, o instituto tornar-se-á desprovido de qualquer eficácia.

⁸⁹ Conforme já expusemos, a doutrina não é pacífica acerca do uso dos substantivos compromitente e compromissário. Em que pese a divergência existente, ratificamos nosso entendimento no sentido de ser o último referente ao obrigado e o primeiro relativo ao órgão público envolvido.

⁹⁰ Nos termos do artigo 22, da Lei 9.784/99, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

⁹¹ É cabível, aqui, a aplicação analógica do artigo 21, parágrafo 1º, da lei 9784/99 que dispõe: “os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”.

6. *Legitimidade:*

Não há, em se tratando de legitimidade para fixação do termo de ajustamento de conduta, entendimento que se possa dizer ser dominante, ao menos até o presente momento, pois também a jurisprudência acerca do tema ainda é insipiente. Parece-nos, portanto, que apenas o decurso do tempo e as decisões adotadas jurisprudencialmente frente aos casos concretos serão capazes de indicar a orientação a ser seguida.

A problemática surge porque a lei concede, excepcionalmente, ao Ministério Público e aos órgãos públicos legitimidade para gerir direitos transindividuais em seara consensual, o que não é permitido às instituições privadas legitimadas para a ação civil pública.

A questão que surge a partir daí, consiste em verificar quais entes são abrangidos pela norma na locução “órgãos públicos”. Embora esse vocábulo remeta a um conceito técnico específico de direito administrativo, significando um centro de atribuições administrativas, sem personalidade jurídica⁹², a lei parece ter adotado um significado mais amplo de órgãos públicos para dar ênfase às atribuições públicas de quem poderá promover a tutela extrajudicial desse direito. Frente a essa situação, a doutrina divide-se e diversos posicionamentos aparecem.

Assim, uma primeira vertente é defendida em sede doutrinária por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹³, no sentido de que a lei concede legitimidade apenas aos órgãos públicos elencados, vedando sua fixação pelas associações.

Uma segunda vertente, capitaneada por Hugo Nigro Mazzilli, entende ser necessária a subdivisão em:

- a) Entes que incontroversamente podem fixar o termo de ajustamento de conduta: aqui estariam incluídos, segundo o autor, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios o distrito federal e os órgãos públicos.
- b) Entes que incontroversamente não podem fixar o termo de ajustamento de conduta: aqui incluir-se-iam as associações civis e as fundações privadas.
- c) Entes cuja legitimidade para fixação do compromisso de ajustamento de conduta é questionável: estariam aqui as fundações públicas, as autarquias, as empresas públicas e as sociedade de economia mista.

Isto porque, o que ocorre nessas situações, é a exploração da atividade econômica em situação análoga a das empresas privadas, daí questionar-se a isenção de tais entes para a persecução do interesse público⁹⁴. Não obstante a relevância desse posicionamento, tal raciocínio

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.85.

⁹³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina A Ação Civil Pública*, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992.

⁹⁴ Parte-se aqui da clássica distinção de Renato Alessi, que subdivide o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário seria o bem-estar da coletividade, aquele que gera benefícios para toda a população. O interesse público secundário, por sua vez, é aquele que maiores benefícios traz à Administração, é a forma pela qual a

vem sendo mitigado em função da legitimidade reiteradamente reconhecida ao PROCON, que assume a feição jurídica de uma fundação pública em alguns estados.

Uma terceira posição é sustentada por Geisa de Assis Rodrigues⁹⁵. Entende a doutrinadora que o termo de ajustamento de conduta pode ser fixado pelo Ministério Público, União, estados, municípios e distrito federal. Não poderia, por outro lado, ser fixado por empresas públicas, sociedade de economia mista e organizações sociais, posto que são pessoas jurídicas de direito privado, bem como pelas associações.

Acrescenta a autora que caberia a cada Ministério Público fixar o termo de ajustamento dentro das suas atribuições mas, caso este viesse a ser celebrado por órgão ministerial desprovido de atribuição para tanto, ou por outro ente fora da pertinência temática das suas atribuições, não deveria ser o termo reputado nulo ou sem efeito.⁹⁶

Em que pese a enorme divergência existente, parece-nos que, uma vez atingida a finalidade social pretendida por meio a celebração do respectivo compromisso, passa a ser secundária a questão relativa à legitimidade do órgão que o fixou.

O que nos parece realmente relevante é a anuência do Ministério Público, caso não seja ele o formulador da proposta. Isto porque o legislador constitucional reserva ao *Parquet* a missão de velar pelos direitos sociais.

Em outras palavras, como na tutela coletiva o Compromisso vai repercutir direta ou indiretamente na vida de milhares ou milhões de pessoas, sendo certo que não é possível ouvir cada um nos autos para dizer se está de acordo e se considera a proposta razoável, caberia ao M.P. esse papel.

Ademais, antes do encerramento do procedimento, deveriam ser ouvidos os demais legitimados, pois podem contribuir de alguma forma, bem como se pode evitar o ajuizamento posterior de outras demandas por co-legitimados que venham a considerar que o Compromisso não resolve adequadamente a questão, gerando as intermináveis discussões acerca de litispendência e coisa julgada que se vê hoje em dia.

Ou seja, como se trata de uma instância de consenso, é preciso dar oportunidade para que todos possam se manifestar e contribuir; mais vale atrasar um pouco o fechamento do Termo a fim de que se previna incidentes posteriores.

7. *Natureza Jurídica:*

Administração vê o interesse público. Assim, sendo, nem sempre coincidirão tais interesses. Para maiores detalhes, veja-se ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, pp.197/198.

⁹⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis, op. cit, p.160/161.

⁹⁶ Analisaremos, mais adiante, as questões relativas à nulidade do compromisso de ajustamento de conduta.

Questão muito tormentosa é a relativa à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Fala-se, comumente, em ser o compromisso de ajustamento de conduta:

- a) transação ou acordo
- b) reconhecimento jurídico do pedido
- c) negócio jurídico

Nesse diapasão, entendendo que o termo de ajustamento de conduta é um acordo, encontra-se Hugo Nigro Mazzilli⁹⁷, ao argumento de que, hodiernamente, teria havido uma mitigação da indisponibilidade da ação pública.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁸ admite transação no curso da ação civil pública, ao argumento de que a indisponibilidade do objeto não é motivo suficiente para impedir o acordo judicial, quando o recomende o interesse público ou, ainda, a natureza do interesse metaindividual objetivado na ação. Para o autor, portanto, só não seria cabível transação na ação civil pública quando expressamente vedada, tal qual ocorre em matéria de improbidade administrativa (Lei 8429/92).

Em posição diversa, entendendo tratar-se de reconhecimento jurídico do pedido, assim entendido como o reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, destaca-se Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹⁹. Afirma o autor ser inviável falar-se, na hipótese, em transação, uma vez que, como é cediço, não é possível transacionar-se com direitos por natureza indisponíveis, como se dá com relação aqueles que são passíveis de tutela por meio de ação civil pública. Corroborando esse entendimento, destaca-se José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁰.

Manifestando-se no sentido de ser o instrumento ora analisado um negócio jurídico, merecem destaque as opiniões de Francisco Sampaio¹⁰¹ e de Geisa de Assis Rodrigues, cujas palavras ressaltamos para melhor compreensão do posicionamento aqui explicitado:

“É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais.”¹⁰²

A par do forte argumento apresentado pela doutrina, conforme demonstrado, no sentido da impossibilidade de transacionar-se com os direitos metaindividuais em virtude de sua indisponibilidade, parece-nos que esta vedação precisa ser temperada.

Como é cediço, o artigo 841 do Código Civil dispõe que somente direitos patrimoniais estão sujeitos à transação. Contudo, entendemos que os direitos difusos e coletivos, apesar de não possuírem caráter patrimonial, não podem se subordinar, de forma absoluta, ao disposto em tal preceito legal. Assim, tal norma deve ser vista com moderação, posto que cindível, na medida em

⁹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

⁹⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Artigo suprarreferido.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*

¹⁰¹ A opinião do autor é detalhadamente demonstrada em: SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

¹⁰² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p.297.

que se permite ao Ministério Público discutir e estabelecer a melhor maneira para que se alcance a defesa do interesse coletivo tutelado.

Logicamente, isto não significa que é permitido ao *Parquet* renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, pois, se assim fosse, estaria o Ministério Público contrariando sua função institucional, insculpida no artigo 127 da Carta Magna.

Ademais, a prática evidencia que, sem se conceder ao compromissário vantagens, o instituto tornar-se-ia absolutamente ineficaz, pois não haveria qualquer razão para que o mesmo aceitasse a fixação do termo de ajustamento.

Portanto, não nos parece existir qualquer óbice para que haja, quando da realização do compromisso, acordo entre as partes quanto, por exemplo, ao prazo em que devem as obrigações estabelecidas serem cumpridas. O que não pode ocorrer, repita-se mais uma vez, é a prática de transação entre as partes no tocante à essência do direito material controvertido, já que a titularidade deste é conferida à coletividade.

É certo que o limite, por vezes, é tênue, mas a jurisprudência já vem entendendo que esse princípio, com aliás quase todos os outros, não são absolutos, e devem ser conjugados com os demais princípios constitucionais e analisados no caso concreto.

Veja-se, a título de ilustração, Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 253-885-0/MG¹⁰³, Rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o Princípio da Indisponibilidade dos Bens Públicos, num contexto pós-positivista:

“Poder Público. Transação. Validade. 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 tem 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”.

8. Finalidade e efeitos:

Como já ressaltamos, o termo de ajustamento de conduta tem por objeto a conformação às exigências da lei vigente ao momento da ocorrência da ameaça ou da violação do direito transindividual. Pode atingir condutas já findas, por se realizar ou em andamento.

A fim de aferirmos a finalidade precípua do compromisso de ajustamento de conduta, devemos atentar para o caráter preventivo do termo de ajustamento, de modo a evitar a ocorrência

¹⁰³ Publicado no DJ 21.06.02. Acórdão disponível na íntegra no site <http://www.stf.jus.br>, acesso em 12.12.08.

de uma lesão ou de impedir o prosseguimento desta, uma vez que pode ser impossível a recomposição da situação original.

Com o citado instrumento processual busca-se, então, o acesso à justiça, a tutela preventiva e específica e a aplicação negociada¹⁰⁴ da norma jurídica. Desta forma, o compromisso de ajustamento de conduta mostra-se decorrente do Princípio Democrático pois, conforme demonstrado, acaba por complementar, por extensão, o rol de garantias individuais.

Ao ser fixado o compromisso, surge uma nova situação jurídica decorrente dos efeitos produzidos por esse instrumento. Para fins de sistematização do trabalho, destacamos os quatro principais efeitos advindos da fixação do termo. São eles:

- a) Determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado;
- b) Formação de título executivo extrajudicial;
- c) Suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado ou para o qual tenha repercussão;
- d) Encerramento da investigação após seu cumprimento.

Como já nos referimos diversas vezes aos dois primeiros efeitos e por serem os mesmos auto-explicativos, nos eximiremos de reexaminá-los neste momento.

Compete-nos, neste ponto de nosso trabalho, fazer breve referência à suspensão do procedimento investigatório ou da ação civil pública no curso da qual o compromisso foi tomado.

Sustenta a doutrina que, vindo a ser realizado no curso de um inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta leva à suspensão do procedimento até que as obrigações do previstas no termo sejam cumpridas quando, então, será o procedimento arquivado. Neste sentido, posiciona-se Geisa de Assis Rodrigues:

“Quanto ao Parquet já defendemos em item anterior que o ajustamento de conduta tem sua eficácia a partir do momento em que é celebrado, resultando na imediata suspensão do inquérito civil até que seja devidamente cumprido. Após a certificação do cumprimento do ajuste nos autos do inquérito, não havendo outras medidas a serem adotadas, deve a investigação ser arquivada...”¹⁰⁵

Não obstante o entendimento acima exposto, parece-nos ser diferente a providência a ser adotada nesta hipótese. Assim, vindo o termo de ajustamento de conduta a ser fixado no curso de procedimento investigatório, deve o mesmo ser submetido a procedimento administrativo de controle e monitoramento. Não se trata nem de arquivamento e nem de propositura de ação civil pública, mas tão somente de acompanhamento *interna corporis*.

¹⁰⁴ Ao falarmos em aplicação negociada da norma jurídica estamos fazendo referência à aplicação informal, desvinculada de um rito pré-definido, da norma jurídica. Ademais, conforme já expusemos, defendemos o entendimento de que é impossível a negociação acerca do direito material controvertido, vez que pertencente à coletividade e, por conseguinte, indisponível. Contudo, parece-nos ser cabível a negociação acerca das circunstâncias relativas ao tempo e à forma segundo a qual serão cumpridas as obrigações fixadas no termo.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit, p.220.

Sendo tal compromisso título executivo extrajudicial, como inúmeras vezes já afirmamos, ocorrendo o seu descumprimento não há que se falar em prosseguimento do procedimento investigatório, nem tampouco no ajuizamento de ação de conhecimento sendo cabível, na hipótese, o ajuizamento de ação executiva.

Por evidente, defender entendimento contrário implica na negação de sua eficácia executiva, e na criação de entraves ainda maiores à célere prestação jurisdicional.

No mesmo sentido, a propósito, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁶.

O mesmo doutrinador entende que, realizado no curso da ação civil pública, o termo de ajustamento de conduta leva à extinção do processo, devendo-se, em caso de descumprimento do ajustado, ajuizar-se, imediatamente, ação de execução.¹⁰⁷

Impende destacarmos que aqui se apresentam outras duas opções sobre a sorte da ação de conhecimento quando no curso desta o termo é fixado. A primeira delas aponta para a suspensão do processo judicial até o atendimento pleno das obrigações contidas no compromisso. A segunda, por sua vez, sugere a imediata homologação do termo e a extinção do processo com julgamento do mérito.

Parece-nos que as duas possibilidades são admissíveis¹⁰⁸ e a realidade de cada situação é que determinará a solução mais adequada.

Entretanto, quando o cumprimento do acordo depender de evento futuro, como o resultado de um estudo técnico específico, consideramos mais prudente que o processo seja suspenso até a definição precisa das obrigações do réu, sob pena do compromisso tornar-se inócuo e ser necessário o ajuizamento de nova ação civil pública destinada à reparação dos danos não abrangidos pelo primeiro instrumento celebrado¹⁰⁹.

9. Termo parcial, co-legitimados e terceiros no compromisso de ajustamento de conduta:

Com relação ao termo de ajustamento de conduta parcial, duas observações se impõem.

Inicialmente, compete destacar que, uma vez fixado o compromisso parcial, não só os outros entes, como também o próprio legitimado que fixou o instrumento, pode ajuizar ação civil pública

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. cit, p.14.

¹⁰⁷ Assim se manifesta o autor: “*A outra situação possível diz respeito à hipótese em que o compromisso é firmado pelo réu no curso do processo, mas perante o órgão jurisdicional, normalmente ao momento da audiência de instrução e julgamento. O efeito será, por conseguinte, rigorosamente idêntico ao ocorrido na situação anterior: extinção do processo sem julgamento do mérito*”. Op.cit. p. 17.

¹⁰⁸ Neste sentido, confira-se RODRIGUES, Geisa de Assis. Op cit, p. 236.

¹⁰⁹ Nesta hipótese, o ajuizamento de nova ação civil pública para que o dano fosse inteiramente reparado, implicaria em novos gastos e dispêndio de tempo, o que depõe contra a celeridade processual e contraria os preceitos orientadores do instituto ora em tela.

em face do compromissário desde que demonstre os fundamentos que o levaram a pretender mais do que aquilo que já havia sido consensualmente acordado e comprove, assim, que o termo fixado não foi capaz de abranger todo o dano causado.

A segunda observação refere-se à possibilidade de, mesmo após a fixação do compromisso, aquele que se sentir individualmente lesado, poder recorrer ao Judiciário buscando seu ressarcimento por meio da *exceptio male gesti processus*.

A propósito, apenas em uma hipótese seria possível prever que em matéria de direitos metaindividuais os compromissos extrajudiciais poderiam obstar à propositura de ações individuais. Tal ocorreria se a própria lei federal permitisse que eventual transação isentasse o devedor de outras responsabilidades civis.

No tocante aos co-legitimados, questão que se coloca é a possibilidade ou vedação existente à propositura de ação civil pública caso haja discordância quanto à fixação do termo de ajustamento de conduta.

Mais uma vez, a doutrina diverge e uma primeira corrente capitaneada por Hugo Nigro Mazzilli, sustenta a possibilidade de ajuizar-se ação civil pública superveniente na hipótese descrita¹¹⁰.

Em posição diametralmente oposta, encontra-se o entendimento de Fernando Grella Vieira.¹¹¹

Sustenta o autor que uma vez fixado o termo de ajustamento de conduta por um dos co-legitimados estariam os demais impedidos de ajuizar ação civil pública pois, do contrário, estaríamos negando a finalidade do instituto consagrado e a sua própria natureza jurídica.

Portanto, ainda de acordo com o entendimento do doutrinador, fixado o compromisso, desapareceria o interesse de agir relativo aos demais co-legitimados para fins de ajuizamento de ação civil pública em razão da desnecessidade de se recorrer à fase de conhecimento, se já se possui título hábil a amparar a execução.

Parece-nos, mais uma vez, que a divergência existente é apenas fictícia, posto que as interpretações supramencionadas complementam-se, sendo necessário avaliá-las com moderação.

Entendemos, assim, que a celebração do termo de ajustamento de conduta impede, em um primeiro momento, o ajuizamento de ação civil pública pelo ente que celebrou o instrumento ou por qualquer outro co-legitimado, inclusive pelo Ministério Público. Isto porque, presumindo-se ter sido regular a fixação do instrumento, e demonstrando o mesmo ser capaz de reparar na íntegra o dano causado, de fato há carência de ação por nítida falta de interesse de agir.

¹¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999, p.313.

¹¹¹ VIEIRA, Fernando Grella. *Op. cit.*, pp.235/237.

Nesse sentido, adota-se a noção mais ampla e flexível de litispendência para as demandas coletivas e para os instrumentos de tutela nessa seara. Como a legitimação é política e institucional, quando um dos possíveis legitimados age, ele não o faz em nome próprio, mas na defesa daquele direito.

O problema que se pode objetar em sede de compromisso de ajustamento de conduta é que alguns legitimados não podem propô-lo. Logo, para esses, não haveria óbice ao ingresso da ação, mas tão somente aos que possam firmar o TAC.

Essa situação não é a ideal. Seria melhor que houvesse uma forma de intervenção no procedimento do compromisso daqueles que não ostentam legitimidade para a sua proposição, pois assim poderia ser criado um sistema mais amplo e seguro àquele que se interessasse em firmá-lo com o legitimado. Algo como uma preclusão *suis generis*; aquele que intervém no procedimento, toma ciência e não manifesta objeção ou crítica, fica vinculado pelos efeitos do TAC e, por conseguinte, impedido de, posteriormente, ingressar com uma demanda coletiva.

Contudo, ressalvamos tal posicionamento *de lege ferenda*, não havendo elementos na legislação atual que permitam tal conclusão, a não ser numa perspectiva teleológica.

Situação diversa é a que ocorre quando o instrumento firmado é eivado de vício que acarreta sua nulidade ou é incapaz de gerar a reparação do dano na sua integralidade, quando configura-se o chamado compromisso parcial. Nestas hipóteses parece-nos perfeitamente possível que o ente que fixou o termo ou qualquer outro co-legitimado, excepcionalmente, discorde do ajuste estabelecido, desconsidere-o e busque os remédios jurisdicionais cabíveis, por meio da propositura de ação civil pública ou da ação coletiva que entendam por bem deverem ajuizar.

Isto porque, se não foi capaz de abranger todo o dano ocorrido ou se possui qualquer irregularidade, o termo não atingiu o fim a que se destina, razão pela qual permite-se que os demais co-legitimados insurjam-se contra tal situação, e busquem alcançar o real escopo de tal instrumento, qual seja a rápida reparação do dano ocorrido, com o retorno da situação, tanto quanto possível, ao *status quo ante*, sem, contudo, comprometer-se a necessária segurança e estabilidade das relações jurídicas.

10. Foro competente, responsabilidade e vícios no termo de ajustamento:

Não possuem maior complexidade as questões de que passamos a tratar neste momento.

Iniciando pelo estudo do foro, não nos parece haver necessidade de fixar-se no compromisso o foro competente para dirimir eventual conflito entre as partes, salvo na hipótese específica da Lei nº 9.605/98.

Quanto à responsabilidade pelo fixado no termo de ajustamento de conduta, essa só pode ser atribuída ao signatário que, espontaneamente firmou o termo e obrigou-se a cumpri-lo.

Passando, por fim, à breve análise dos eventuais vícios contidos no termo de ajustamento, ressaltaremos alguns aspectos que nos parecem mais relevantes.

Conforme já ressaltamos, há vício no termo de ajustamento se a forma de cumprimento das obrigações estipuladas no compromisso não é capaz de ressarcir o dano, posto que se frustrou a finalidade visada pelo preceito legal. Nesse caso, a ação civil pública posteriormente ajuizada pelo ente que fixou o compromisso ou por qualquer outro co-legitimado terá por objetivo a desconstituição do compromisso bem como a pretensão necessária à tutela do interesse difuso ou coletivo afetado (cumulação de pedidos, pedidos sucessivos, etc.).

Compete destacar que, se o instrumento é fixado por quem não tem legitimidade para tal, diverge a doutrina acerca das conseqüências daí advindas.

Há quem sustente¹¹², nesta hipótese, que o ato será juridicamente inexistente, não havendo sequer a necessidade de sua desconstituição, pois ausente o ente legitimado, faltaria ao ato pressuposto de constituição, razão pela qual seria reputado inexistente.

Outra parcela doutrinária¹¹³, contudo, sustenta que a ilegitimidade ativa na fixação do termo só enseja a invalidação do ajuste quando o órgão com atribuição regular para fixação do instrumento entender que o objeto do ajuste importou em transação indevida com relação ao direito transindividual, ou seja, conjuga-se aqui a irregularidade subjetiva ativa com a irregularidade do objeto.

Como sustentamos anteriormente, havendo a participação do Ministério Público e se este está de acordo com o Compromisso, parece que tal vício tem menor importância, eis que a formalidade deve adquirir caráter secundário priorizando-se, na totalidade dos casos, a adequada tutela do direito material controvertido.

Observe-se, ainda, que a presença de vícios no termo de ajustamento pode levar à sua desconstituição, que ocorrerá da mesma forma como acontece nos atos jurídicos em geral, ou seja, voluntária ou contenciosamente, por meio de ação anulatória. Se o compromisso foi firmado no curso de ação civil pública, a ação cabível para desconstituí-lo será a anulatória pois, *in casu*, a sentença é meramente homologatória do ato jurídico transacional.

11. Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação:

¹¹² Confirma-se, por todos, VIEIRA, Fernando Grella. Op. cit, p.247.

⁷⁵Vide RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit, p. 171.

Como é cediço, é vedada a prática de concessões no bojo do termo de ajustamento, pois este instrumento não se destina a proteger terceiro que não está agindo em consonância com as exigências legais.

Convém ressaltar, ainda, que o compromisso não pode implicar na renúncia a direitos, pois como já dissemos, sendo os mesmos pertencentes à coletividade, torna-se evidente o caráter de indisponibilidade dos mesmos.

Frisamos, uma vez mais, que pequenas concessões relativas à forma e ao prazo para cumprimento das obrigações fixadas no termo, parecem-nos perfeitamente possíveis, posto que não implicam em transação acerca do direito material controvertido, mas em pequenos benefícios que, não só em nada comprometem a indisponibilidade do direito em questão, como ainda viabilizam a formação do ajuste e, conseqüentemente, a reparação dos danos ocorridos e a tutela do interesse coletivo.

Igualmente, em situações nas quais é impossível o retorno ao estado anterior ao processo (estado do bem antes da ocorrência da lesão), será necessário buscar uma solução alternativa, algo como o “resultado prático equivalente”, previsto no artigo 461, § 5º do C.P.C..

Nesses casos, é inegável que haverá certa dose de discricionariedade na busca e na escolha de tal alternativa, o que levará à negociação de cláusulas específicas e questões concretas quanto ao adimplemento das obrigações pactuadas.

Passando à análise das vedações à fixação do termo de ajustamento, são basicamente, quatro as hipóteses em que tal compromisso não poderá ser firmado, ou poderá ser fixado desde que não possua determinadas cláusulas (algumas das quais já tivemos a oportunidade de analisar).

1- Não pode o termo de ajustamento fixar cláusulas impedindo o acesso dos lesados à jurisdição. Como já dissemos, mesmo com o estabelecimento de compromisso de ajustamento de conduta, aquele que se sentir individualmente lesado poderá recorrer ao Judiciário buscando seu particular ressarcimento.

2- Não pode o termo incluir renúncia a direitos materiais de que não são titulares os órgãos públicos legitimados, mas sim a coletividade.

3- Não pode ocorrer, da mesma forma, transação quanto ao objeto material do litígio, pois não têm os legitimados à ação civil pública disponibilidade sobre o direito material controvertido.

12. A redação do artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92 e o posicionamento doutrinário.

O artigo 17, parágrafo 1º da Lei de Improbidade Administrativa assim dispõe: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”.

Numa primeira leitura, parece bastante claro que não há espaço para o termo de ajustamento de conduta no âmbito da Lei . Independentemente da natureza que se queira emprestar ao Compromisso, a vedação do dispositivo parece absoluta.

Contudo, tal comando passou a atrair a atenção de diversos autores nacionais que divergem acerca de seu alcance e extensão. Passemos, agora, a examinar as principais manifestações doutrinárias acerca do tema, para que se possa ter uma idéia da divergência.

Wallace Paiva Martins Junior¹¹⁴ afirma que

"o interesse público traduzido na repressão construída da improbidade administrativa pela respectiva lei comentada não tolera concessões mútuas ou alguma disposição do interesse. (...)Em se tratando de probidade administrativa, a natureza do interesse em particular não permite renúncia a qualquer dos provimentos típicos previstos, pois a indisponibilidade daí derivada é absoluta. As sanções são irrenunciáveis e indisponíveis, não admitindo transação, composição ou acordo, que, se realizados, são absolutamente nulos, e esse traço reforça o entendimento da cumulatividade das sanções. Os co-legitimados ativos do art. 17 não têm disponibilidade sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa. Igualmente, não é admissível a desistência da ação proposta".

Contudo, reconhece que, *de lege ferenda*, será útil e mais eficiente a mitigação do princípio da indisponibilidade, para a adoção do instituto da "delação premiada", favorecendo co-autores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente denunciasses os mentores e principais autores do fato.

Fábio Medina Osório¹¹⁵ afirma que a Lei nº 8.429/92 equipara-se a um Código Geral de conduta dos agentes públicos. Segundo o autor,

"é uma Lei Geral, de caráter nacional, seguindo o art. 37§ 4ºm da CF. Isso significa que a Lei alcança todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras, do Presidente da nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva. Diga-se que a única autoridade que ganhou uma referência autônoma, nesse tópico, foi o Presidente da Nação, no art. 85, V, da CF, mas tampouco tal previsão resulta suficiente a afastar essa máxima autoridade pública dos ditames da LGIA. Diga-se que nem mesmo a prerrogativa de foro alteraria esse quadro institucional, visto como não teria força para eliminar o caráter geral do Código em comento".

¹¹⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2002, pp. 362-363.

¹¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007, p. 197.

No entanto, reconhece que a Lei está em crise, fruto de um fenômeno global, que atinge as instituições fiscalizadoras. Para o autor¹¹⁶,

"há que se resgatar uma hermenêutica geral em torno ao fenômeno da improbidade e bem assim fomentar postura comprometida com a eficiência e resultados por parte das instituições de controle. Adotar critérios razoáveis, seguros e previsíveis, na compreensão dos atos improbos, equivale a percorrer o caminho institucional do controle eficiente sobre a má gestão pública, sem descurar dos mecanismos preventivos, tão ou mais importantes".

A dificuldade de se admitir um acordo *lato sensu* envolvendo interesse público nos remete a própria dificuldade de se compreender os limites e a flexibilidade de tais interesses.

Como bem ressalta Maria Goretti Dal Bosco¹¹⁷, a expressão interesse público

"pode tomar diferentes matizes, conforme a época e as circunstâncias, como ocorre com outros vocábulos utilizados no Direito Administrativo, tais sejam, 'utilidade pública', 'interesse social', 'uso público', 'interesse geral', entre outros, pois, o que hoje é considerado interesse público, amanhã, poderá não sê-lo".

Prossegue a autora dizendo que o sentido do interesse público surgiu com o surgimento do Estado, a partir da *"transferência das responsabilidades sobre a proteção e provimento do grupo social dos seres individuais para uma ficção criada pelo Direito, uma personalidade jurídica que é a expressão jurídica da coletividade que representa"*.

Dessa forma, finaliza, *"interesse público é dessas expressões cercadas de uma indeterminação que impede a fixação de um conceito objetivo e final. Está entre aquelas a que os autores chamam de conceitos jurídicos indeterminados"*.

Geisa de Assis Rodrigues¹¹⁸, com a habitual clareza, assim leciona:

"A lei pode excluir da possibilidade da tutela extrajudicial algumas matérias que, por sua gravidade e lesividade, tornem inadequada a existência de qualquer margem de negociação quanto a prazo, modo e lugar de cumprimento da obrigação. A lei nº 8.429/92 ao dispor no § 1º do artigo 17 que 'é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput', excluiu da esfera de um possível ajuste de conduta a reparação de danos advindos da prática de improbidades administrativas. O ato de improbidade pode ensejar a incidência das seguintes sanções: reparação do dano ao erário, perda da função

¹¹⁶ Op. Cit., p. 266.

¹¹⁷ DAL BOSCO, Maria Goretti. Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004, p. 13.

¹¹⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro: 2006, p. 184/185.

pública, multa, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, perda dos bens advindos do enriquecimento ilícito. Seria possível que o ajustamento de conduta versasse sobre uma dessas penas? Embora à primeira vista, a abrangência do artigo 17 possa impor uma resposta negativa a esta pergunta, consideramos que, se houver, no caso concreto, a disposição de se reparar integralmente o dano ao Erário Público por parte do agente que cometeu o ato de improbidade, ainda em sede extrajudicial, não podemos, sob pena de violar os princípios que se aplicam à tutela extrajudicial, impossibilitar simplesmente a celebração do ajuste. Este, tendo eficácia executiva, será mais um importante meio de defesa do patrimônio público. As demais sanções, no entanto, a evidência, estão fora da possibilidade de acordo ou negociação. É bom que se frise que o compromissário poderá ser sancionado pela lei de improbidade, ainda que repare integralmente o dano ao Erário".

A autora concorda, então, com os termos do artigo 364 do Manual do Promotor do Ministério Público Estadual de São Paulo, que assim dispõe: *"Tratando-se de ato de improbidade administrativa, o acordo deverá abarcar a integral reparação dos danos, sendo vedada transação acerca das demais sanções previstas no artigo 12 da Lei Federal nº 8429/92"*.

Roberto Senise Lisboa¹¹⁹ também admite tutelar o patrimônio público no ajuste de conduta desde que não seja caso das sanções de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho¹²⁰ afirma que a vedação do artigo 17 § 1º é expressa e enfatiza que caso fosse permitida, inviabilizaria a persecução civil, frustrando as demais sanções previstas na Lei. No entanto, admite uma exceção:

"Vislumbra-se, como exceção, uma única situação em que a transação, em caso de improbidade administrativa, poderia ser realizada, ou seja, quando o autor da ação (Ministério Público ou Pessoa Jurídica Lesada) tão-somente postular, no caso de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, a restituição integral do acréscimo patrimonial indevido, e, na hipótese de ato de improbidade administrativa lesivo ao Erário, a reparação total da lesão patrimonial".

Finalmente, Emerson Garcia e Rogério Pacheco¹²¹, em obra que é referência nacional no tema improbidade administrativa, fazem uma ressalva imprescindível para a correta compreensão do problema.

¹¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 203.

¹²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 214.

¹²¹ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 595/597.

Sustentam que o desejo do legislador foi proibir a celebração de termos de ajustamento de conduta, em matéria de improbidade, de modo a que se afastasse o ajuizamento da ação em busca da aplicação das sanções previstas no art. 12.

Por outro lado,

“não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente, inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, tem-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano - e da pretensão sancionatória -, acorde quanto às condições de sua mera implementação”.

Nesse passo, o que for acordado entre o agente e o órgão legitimado quanto à reparação integral do dano (condições, prazo e modo) não impedirá o ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Contudo, *“a celebração do ajuste deve ser considerada pelo magistrado por ocasião da dosimetria das referidas sanções civis, atuando a integral reparação do dano ou a reversão da vantagem ilicitamente obtida como verdadeira circunstância atenuante no campo da ação por improbidade administrativa”.*

Os autores concordam que, dentro desta perspectiva o ajustamento de conduta não será muito atrativo ao réu. No entanto, vislumbram uma potencial aplicação do TAC em caráter preventivo e em se tratando de obrigação de fazer.

Um exemplo dado é o

“mascaramento de contratos de compra em contratos de prestação de serviços, o que acaba por possibilitar a sua indevida prorrogação, pela administração, por até sessenta meses, frustrando-se o princípio da licitação pública, constitucionalmente consagrado. (...) Em casos tais, nada melhor, sobretudo durante os períodos de sucessão de mandato, por ocasião do início de uma nova administração, que o imediato ajustamento de conduta com vistas a que se evitem as ilegalidades verificadas, ao longo dos anos, em administrações pretéritas, prevenindo, inclusive, litígios futuros com o novel mandatário. O ajustamento de conduta, aqui, versará sobre obrigação de fazer ou de não fazer, com expressa cominação de sanção pecuniária, e será celebrado entre o legitimado e o próprio

agente público, que, assim, pessoalmente, assumirá o compromisso de evitar a dilapidação do patrimônio público, abstendo-se de agir em determinado sentido ou implementando medidas impeditivas de tal evento. Descumprido o ajustado, disporá o tomador do compromisso de título executivo extrajudicial, que o habilita à utilização do processo de execução em face do agente público, na forma do art. 645 do CPC."

Como se pode perceber, a doutrina brasileira vem adotando postura conservadora, não ousando questionar a redação do referido artigo 17, parágrafo 1º, quer pela adoção de uma acomodada interpretação literal, quer pelo fundado receio de que a abertura da via consensual em sede de improbidade administrativa venha a significar a trestinação do ato, abrindo-se uma inconveniente porta para outros e mais graves atos de improbidade administrativa, justamente no procedimento que tinha como objetivo sancionar tal conduta.

13. Reflexões sobre o Projeto da Lei da Ação Civil Pública.

A história recente do direito brasileiro viu surgir uma enorme gama de iniciativas legislativas no sentido de se codificar o processo coletivo.

Grupos de pesquisa foram criados em diversas Universidades com a ambiciosa intenção de criar um *Codex*. As iniciativas não prosperaram, mas vale a pena fazer o registro do empenho de seus mentores.

O Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos¹²², apresentado ao Ministério da Justiça em janeiro de 2007, e que acabou por ser arquivado em janeiro de 2009, apresentava a seguinte definição para o compromisso:

“Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento”

Prosseguindo, no artigo 25, parágrafo 3º determinava que *“preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação”*.

O Projeto, após intensos debates, acabou arquivado e cedeu lugar a uma proposta de Lei mais modesta, ou seja, ao invés de se propor a criação de um “Código”, seria feita uma sugestão para uma Lei regulamentando as ações civis públicas.

¹²² Disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 20 de novembro de 2008.

Em fevereiro de 2009, foi apresentada a versão sistematizada¹²³ do chamado “Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras”, com as seguintes disposições acerca do Compromisso e de formas de composição em sede de direitos transindividuais.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

A Lei apresenta, em primeiro lugar, uma hipótese de transação, não esclarecendo, contudo, qual sua extensão, e ressalva, no parágrafo terceiro, que em caso de direito indisponível, as partes poderão pactuar apenas quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

Esse dispositivo tem causado certa perplexidade, pois parece contribuir para criar mais uma discussão infundável em sede de ação civil pública, na medida em que não há parâmetros claros que apontem para a disponibilidade ou não do direito.

Interessante, porém ineficaz, a disposição acerca dos meios alternativos de solução de conflitos. A matéria ainda é incipiente no ordenamento brasileiro e não há números expressivos nem mesmo nos conflitos individuais versando sobre direitos disponíveis, quanto mais em sede de direitos coletivos. Seria mais prudente aguardar a aprovação do Projeto de Lei de Mediação (P.L. nº 94) para então traçar uma ponte mais segura entre os institutos.

De qualquer forma, a avaliação neutra de terceiro, que também se pretende inserir no Projeto de Lei sobre mediação, é instrumento de inspiração e traço cultural norte-americano, que consideramos inadequado ao direito brasileiro, sobretudo porque acabará por gerar delongas no já sobrecarregado procedimento coletivo, afrontando o Princípio da Tempestividade Jurisdicional.

Como temos tido a oportunidade de nos manifestar, entendemos que os meios alternativos

¹²³ Disponível em nosso blog, em <http://humbertodalla.blogspot.com>, acesso em 08 de abril de 2009.

devem ser intensamente motivados como forma de exclusão do processo; em outras palavras, devem ser tentados, exaustivamente, antes do início da relação processual.

Paralisar a demanda para, só aí, tentar a solução alternativa é contraproducente e desnecessário, pois as partes podem fazer as tratativas ou negociações fora dos autos e, após, simplesmente comunicar ao juízo para fins de homologação.

Frisamos para que fique clara nossa posição. Somos entusiastas dos meios alternativos; contudo, estamos em que eles devem ser utilizados fartamente antes da provocação da via jurisdicional. A utilização incidental deve ser a exceção e não a regra.

Prosseguindo, no artigo 27, § 6º há a seguinte redação:

§ 6º. Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Trata-se de regra inovadora, porém ainda imperfeita. Quer nos parecer que não basta a oitiva do Ministério Público. Ou melhor dizendo: a simples oitiva de nada adianta na prática. A norma teria mais sentido se dispusesse “*após a concordância do Ministério Público*”, já que, pela inteligência do artigo 127, *caput*, da Carta de 1988, foi o *Parquet* o órgão escolhido pelo legislador constitucional para tutelar os interesses transindividuais.

Quer nos parecer que, numa leitura teleológica da norma, ante a física impossibilidade de ouvir todos os interessados, deve optar o legislador por eleger uma instituição que deve se manifestar em nome de todos.

Finalmente, o T.A.C. vem tratado nos artigos 49 a 52, que não apresenta grandes distinções quanto ao modelo atual, salvo pela opção expressa de atribuir-lhe a natureza jurídica de “transação”, embora limitada aos parâmetros de modalidades e prazos para cumprimento, ressalvando-se expressamente a possibilidade de homologação judicial, mesmo quando tomado no curso do procedimento administrativo.

Algumas posições que já vinham recebendo ampla acolhida na doutrina foram contempladas no Projeto, como a possibilidade do lesado obter cópia do TAC para viabilizar sua demanda individual, ou mesmo liquidar e executar a parcela que lhe cabe, após sentença condenatória nos autos da ação coletiva.

Também se assegura a possibilidade de co-legitimado ajuizar execução com base no TAC, o que reforça a tese da legitimidade institucional (autônoma e disjuntiva) para as demandas coletivas.

O Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça foi encaminhado à Casa Civil da Presidência da República, onde sofreu inúmeras alterações, sendo, a partir daí, remetido à Câmara dos Deputados. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi escolhido como Relator o Deputado Antonio Carlos Biscaia, que após realizar inúmeras audiências com os mais diversos órgãos da sociedade, acolheu algumas sugestões apresentadas no sentido de tornar sem efeito as modificações impostas pela Casa Civil, bem como aperfeiçoar a redação.

A versão mais recente do Projeto de Lei nº 5.139/09 data de 15 de setembro de 2009 e está ainda pendente de votação na Casa Legislativa.

Nota-se que houve a substituição do termo “transação” pelo termo “acordo” numa alusão clara à indisponibilidade do direito coletivo. Reforçou-se também a posição do Ministério Público e foram tornados mais claros alguns pontos, mediante a intervenção do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça.

Transcrevemos abaixo a redação dos dispositivos. A versão integral encontra-se disponível em nosso blog¹²⁴.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores.

§1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada.

§4º Obtido o acordo, será esse homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial. (...)

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença. (...)

¹²⁴ Conferir em <http://humbertodalla.blogspot.com>, acesso em 09 de outubro de 2009.

§6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão acordar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com o acordo, propondo nesse caso ação individual no prazo de 1 (um) ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

De se registrar que fica claro também nessa nova redação do Projeto de Lei nº 5.139/09 que a nomenclatura “compromisso de ajustamento de conduta” fica reservada para o “acordo” firmado pré-judicialmente, embora fique sempre em aberto a possibilidade de sua “judicialização” para que o instrumento possa se beneficiar dos benefícios do regime do cumprimento de sentença, na hipótese de seu descumprimento.

Eis os dispositivos referentes ao Compromisso nessa versão mais atualizada disponível:

CAPÍTULO VIII

DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 48. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 49. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 50. O compromisso de ajustamento de conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de sua homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título executivo judicial.

Parágrafo único. Quando o compromisso de ajustamento de conduta versar sobre bem indisponível, poderão ser estipuladas regras quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 51. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na pessoa jurídica de direito privado, quando necessária.

§1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§2º Nas hipóteses do §1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas

autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo procurador do credor coletivo.

§3º Qualquer um dos colegitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de liquidação e execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro colegitimado.

§4º Quando o ajustamento abranger direitos ou interesses individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§5º Nos casos do §4º, o indivíduo interessado poderá optar por propor a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Resta-nos, agora, aguardar pelo desfecho do procedimento legislativo, estimando que prevaleça a versão apresentada pelo Dep. Biscaia, fruto de longo e salutar debate entre integrantes de todas as esferas da comunidade jurídica nacional, a fim de que possa ser editada, enfim, a nova Lei Geral da Ação Civil Pública.

NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

FREDIE DIDIER JR.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br

Resumo. O ensaio propõe-se a examinar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial ao direito processual civil.

Palavras-chave. Boa-fé. Adimplemento substancial. Processo civil

Abstract. In this essay the author intends to verify the possibility of application of the “substantial performance doctrine” in Brazilian Civil Procedural Law.

Keywords. Good faith. Substantial performance doctrine. Civil procedure.

Um dos efeitos do princípio da boa-fé é limitar o exercício das situações jurídicas ativas. A vedação ao abuso do direito é uma dessas conseqüências.

Há diversas modalidades de exercício inadmissível de situações jurídicas. Fala-se, por exemplo, em *venire contra factum proprium, tu quoque, supressio* etc.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada *teoria do adimplemento substancial*, “estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor”¹²⁵.

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se *substancialmente* adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.

¹²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 55.

Mas não apenas a resolução do negócio pode ser impedida pela aplicação dessa teoria (repita-se: derivada da aplicação do princípio da boa-fé)¹²⁶. Pode-se, por exemplo, cogitar da extinção da *exceção substancial de contrato não cumprido*¹²⁷ (outra situação jurídica ativa): a parte não poderia negar-se a cumprir a sua prestação, se a contraprestação tiver sido *substancialmente adimplida*.

Embora sem utilizar essa terminologia, MENEZES CORDEIRO demonstra que o *desequilíbrio no exercício jurídico* que se revela pela desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é uma das espécies de exercício inadmissível de situações jurídicas ativas¹²⁸. Segundo o autor, trata-se do mais “promissor” subtipo de exercício em *desequilíbrio de posições jurídicas*, que se verifica em situações como o “desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais”¹²⁹. Os exemplos de exercício de poder-sanção por falta insignificante mencionados pelo autor são exatamente o da *exceção de contrato não cumprido* e o da resolução do negócio por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte¹³⁰.

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil)¹³¹.

O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas conseqüências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual¹³². É fácil perceber que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais,

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 141.

¹²⁷ ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português – conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 123-127; MORENO, María Cruz. *La ‘exceptio non adimpleti contractus’*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 75; BECKER, Anelise. “A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1993, v. 09, p. 60 e 65; BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-106. Assim, também, STJ, 4ª T., REsp n. 656.103/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 12.12.2006, publicado no DJ de 26.02.2007, p. 595.

¹²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857-860

¹²⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 857.

¹³⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 858.

¹³¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed., cit., p. 87-92; SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 139.

¹³² BAUMGÄRTEL, Gottfried. “Treu und Glauben im Zivilprozess”. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, n. 86, Heft 3, p. 355; ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a la precision teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, *passim*; HESS, Burkhard. “Abuse of procedure in Germany and Austria”. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord.). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 153-154; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 47.

que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual¹³³ (desrespeito à boa-fé objetiva)¹³⁴.

Resta saber se a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no âmbito do direito processual.

Pensamos que sim.

O § 2º do art. 511 do CPC brasileiro determina que “a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias”. *Preparo insuficiente* é preparo feito; preparo que não foi feito não pode ser adjetivado. Insuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor. Isto significa que a deserção, por insuficiência do preparo, é sanção de inadmissibilidade que somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para que proceda à complementação. O legislador atentou para seguinte circunstância: interposto o recurso e feito o preparo em valor menor do que o devido, a inadmissibilidade é sanção drástica demais; a invalidação do recurso, no caso, é um caso *típico* de exercício inadmissível de um poder jurídico processual. Mais consentânea com a boa-fé é a necessária intimação do recorrente para proceder ao complemento do valor devido. Protege-se, aqui, ainda que em outro contexto, situação semelhante àquela protegida pela teoria do adimplemento substancial. A inspiração e a preocupação da teoria do adimplemento substancial são as mesmas que motivaram o legislador a proceder à inclusão do § 2º no art. 511 do CPC brasileiro. O poder de invalidar (situação jurídica ativa) o recurso com preparo insuficiente é, aqui, limitado pela boa-fé. Tem-se aqui um exemplo de *regra jurídica* que aplica a mencionada teoria.

É possível, porém, aplicar essa teoria em situações *atípicas*, a partir de uma concretização do princípio da boa-fé processual pelo órgão julgador.

Vejamos alguns exemplos, que, não obstante sem exaurir a casuística, podem iluminar a identificação de outras situações semelhantes.

Sabe-se que a afirmação do *inadimplemento* é um dos pressupostos para a instauração do procedimento executivo (art. 580 do CPC). Constatado o *inadimplemento mínimo*, pode o órgão jurisdicional recusar a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão do bem, por exemplo. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que, em execução de contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu correta a decisão judicial que se recusou a

¹³³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 861-902

¹³⁴ Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

determinar a busca e apreensão liminar do bem alienado, tendo em vista a insignificância do inadimplemento¹³⁵.

Em sentido semelhante, já se impediu a decretação de falência, em razão da pequena monta da dívida¹³⁶. O entendimento jurisprudencial repercutiu na nova lei de falências (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005)¹³⁷.

O inciso II do § 1º do art. 694 do CPC brasileiro determina que a arrematação do bem penhorado será *resolvida*¹³⁸, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução. A resolução da arrematação não pode ocorrer se o inadimplemento for *mínimo*. Isso não quer dizer que haverá prejuízo ao exequente, que não receberia integralmente da arrematação, ou ao executado, que teria seu bem expropriado por um valor menor do que o devido. Continuará o arrematante obrigado a exibir o preço ou prestar caução, que poderá ser demandado para tanto, inclusive com a incidência de multa (fixada pelo juiz) e juros sobre a parcela não adimplida; mas, sendo mínimo o inadimplemento, não é aceitável *resolver* a alienação judicial.

Certamente há outras situações em que essa teoria pode ser aplicada ao processo. Este ensaio tem o propósito apenas de despertar o estudioso e o aplicador do Direito para esta possibilidade.

¹³⁵ STJ, 4a T., REsp n. 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 25.03.2003, publicado no DJ de 05.05.2003, p. 310.

¹³⁶ “FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. (STJ, 4ª T., REsp n. 136.565/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 23.02.1999, publicado no DJ de 14.06.1999, p. 198). Em sentido contrário, STJ, 3ª T., REsp n. 515.285/SC, rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 20.04.2004, publicado no DJ de 07.06.2004, p. 220)

¹³⁷ Art. 94 da Lei 11.101/2005: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

¹³⁸ O texto normativo refere a “tornar sem efeito” a arrematação. O caso é, porém, rigorosamente, de resolução por inadimplemento. A propósito, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 5, p. 657; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 759; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 298-300; ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*. São Paulo: RT, 1978, p. 406.

**LA FORMACIÓN EN MEDIACIÓN:
ALGUNAS PERPLEJIDADES DE LOS FORMADORES EN MEDIACIÓN Y DIVERSAS
INQUIETUDES DE LOS ALUMNOS QUE SE FORMAN EN MEDIACIÓN**

NURIA BELLOSO MARTÍN

Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Es Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Es Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar desde 2003 hasta la actualidad. Colabora en Cursos de Maestría y Doctorado en diversas Universidades brasileñas. Participa en varios Programas de Investigación –CNPQ

Abstract: The formation Courses in mediation, considering the variety of autonomous laws that regulate them, doesn't present the requirements and uniformity that it would be desirable, at national level. It has provoked it some restlessness and perplexities, so much on the part of the own Directors of the Courses and forming in mediation (convenience of a legislation on the mediation of national environment; difficulties in the practical formation of the professional futures of the mediation), like in the own students (how to reconcile to be passive “neutral and impartial” and “facilitator” i activate; i suspect in the face of the possibility that the judge doesn't homologate the mediation agreement subscribed by the parts; excessive fear to the responsibility sanctioning - in the event of nonfulfillment of duties or causes of abstention - on the part of the professional mediator). We offer some reflections on these aspects.

Resumen: Los Cursos de formación en mediación, dada la variedad de leyes autonómicas que los regulan, no presentan los requisitos y uniformidad que sería deseable, a nivel nacional. Ello ha provocado algunas inquietudes y perplejidades, tanto por parte de los propios Directores de los Cursos y formadores en mediación (conveniencia de una legislación sobre la mediación de ámbito nacional; dificultades en la formación práctica de los futuros profesionales de la mediación), como en los propios alumnos (cómo conciliar ser pasivo “neutral e imparcial” y “facilitador” activo; recelo ante la posibilidad de que el juez no homologue el acuerdo de mediación suscrito por

las partes; excesivo temor a la responsabilidad sancionadora -en caso de incumplimiento de deberes o causas de abstención- por parte del profesional mediador. Ofrecemos algunas reflexiones sobre estos aspectos.

1. La formación en mediación

La mediación, como forma de gestión positiva de los conflictos, se rige por principios propios, y se hace efectiva a través de un procedimiento no formal, combinando técnicas multidisciplinares, por un profesional con formación específica en este campo, con la finalidad de alcanzar acuerdos duraderos. El mediador no decide, no impone la solución. Es un facilitador que ayuda a las partes enfrentadas a comunicarse y a gestionar positivamente su conflicto. La labor del mediador puede extenderse a diversas áreas tales como la laboral, la comunitaria, la intercultural y, principalmente, la familiar¹³⁹.

La formación de la persona mediadora no ha tenido, hasta la actualidad, en España, un tratamiento suficiente y homogéneo, cuestión que convendría se revisara en el futuro.

Apenas encontramos el concepto o definición del mediador en textos de carácter internacional. El último, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles define al “mediador” como todo tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión y del modo en como haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación¹⁴⁰.

¹³⁹ Actualmente, son 11 las Leyes autonómicas vigentes en España sobre mediación familiar. La tendencia es la de que lleguemos a disponer de diecinueve Leyes diferentes, una por Comunidad Autónoma.

Subrayamos que en Cataluña se ha promulgado una Ley que podríamos calificar de “segunda generación de mediación”: la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de Derecho Privado en Cataluña*. Como aspectos más significativos podemos destacar:

Conveniencia de extender la mediación a otros conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones.

Esta Ley viene a colmar las aspiraciones que, con ocasión de la redacción de nuestra Ley de Mediación Familiar para Castilla y León, se plantearon desde algunos sectores: que su ámbito de aplicación pudiera ir más allá de los conflictos en el ámbito de la familia.

La mediación comunitaria, social o ciudadana son ejemplos evidentes de los conflictos derivados de compartir un espacio común, así como las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.

¹⁴⁰ **Artículo 3**

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese

Se habla de la “calidad de la mediación”, a través del fomento de códigos de conducta y de la formación inicial y continua de los mediadores. Sin embargo, en la Directiva no se establece qué cualificación específica han de tener, a pesar de que ésta es una cuestión de capital importancia, dado que se trata de materias civiles y mercantiles, técnicas, por lo que parece lógico entender que para ser mediador en estas materias se han de acreditar los conocimientos de Derecho Civil y Mercantil, bien sea por titulación académica o por pruebas de capacitación. Y esto no debe entenderse como una restricción al acceso a la condición de mediador, sino todo lo contrario, como una auténtica garantía de que los sujetos que acuden a esta institución lo hacen confiando en el buen hacer de un tercero con conocimientos técnicos suficientes en la materia, para que la mediación sea “eficaz” y “competente”, como señala la Directiva, y para evitar que el acuerdo al que se llegue no tenga cabida en el ordenamiento jurídico.

Recordemos que en la mayoría de las legislaciones se han exigido requisitos mínimos para ejercer como mediador, tales como estar en posesión de una titulación universitaria determinada y una formación específica teórico-práctica en mediación –en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ya hemos aludido a los requisitos que exige la normativa para ser mediador-, exigencia que no debe extrañar, ya que el mediador debe conocer y aplicar una serie de técnicas, entre ellas la negociación, y tener conocimientos tanto jurídicos como psicológicos para poder manejar el conflicto y vigilar que no se vulnere derecho alguno.

El mediador debe dominar nociones básicas de esos diferentes campos de conocimiento para que pueda comprender las muchas situaciones que se presentan en el conflicto, es decir, todo lo que esté en juego, tanto desde el punto de vista jurídico, psicológico y social como desde el punto de vista religioso, emocional, cultural y otros. Teniendo estas nociones, el mediador deberá saber reconocer sus propios límites, buscando profesionales especializados para hacer un trabajo interdisciplinar si fuera el caso -buscar la ayuda del equipo de mediadores, como permite la Ley de Castilla y León- o derivar a las partes a otros profesionales –por ejemplo, a un terapeuta-, e incluso, interrumpir el proceso de mediación si se considerara necesario, siempre por causas justificadas. El mediador debe ser esa tercera persona que coordina el proceso de mediación, quien dicta las reglas del juego a la hora de realizar la mediación.

Ante la falta de unas directrices generales de ámbito nacional, puede ocurrir que cada Comunidad Autónoma regule independientemente la mediación familiar, haciendo que la normativa resultante presente una clara impronta profesional determinada en función del colectivo que haya impulsado el proyecto (abogados, psicólogos, etc.). No hay que olvidar que los mediadores suelen

litigio; b) «mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

Artículo 4

Calidad de la mediación

1 Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

2 Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

ejercer otras profesiones, por lo que también quedan sometidos a sus respectivos códigos de ética, procurando que en su interpretación no se entre en competencia con la deontología de la profesión de mediador.

El Foro Europeo de Estándares de Formación en Mediación Familiar, compuesto por más de sesenta asociaciones de ocho países europeos, incluida España, ha establecido como estándar mínimo de formación en mediación familiar el de 180 horas de formación teórica y práctica - aunque las diversas Leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas han optado por una formación mínima de 300 horas-, en la que se incluyen nociones jurídicas (sobre todo Derecho de Familia), conocimientos fiscales básicos (elaboración de presupuestos), técnicas de entrevista (comunicación verbal y no verbal), empatía (capacidad emotiva y afectiva), psicología básica (aspectos de la personalidad), y creatividad (imaginación para sugerir ideas y dirección de la comunicación). Las diversas Leyes autonómicas regulan estos requisitos de forma diversa, exigiendo en unos casos, una determinada formación universitaria en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Educación u otras, complementándola con la necesidad de una formación de Postgrado específica en mediación familiar.

El reto es el de preparar a profesionales que dominen el ámbito de la conflictología, las técnicas de negociación, y que sean capaces de conseguir acuerdos consensuales. Sostenemos que, a la hora de poner en marcha un proceso de aprendizaje de mediadores, se cuente con un tipo de persona que tenga unas condiciones idóneas para ello, es decir, que posea las cualidades personales y naturales¹⁴¹, a lo que habrá que sumar una capacitación y un manejo de habilidades y de técnicas. Pero el propio carácter creativo, flexible y conciliador, que vaya más allá de cualquier formación teórica que se le pueda proporcionar, es el perfil idóneo para acabar de moldear al profesional mediador.

Como apunta P. Ortuño: “La piedra angular de toda mediación es la figura del mediador: no existe la mediación sino los buenos mediadores, y únicamente la formación sólida de los mismos, en las técnicas de gestión de conflictos, en las técnicas de negociación, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y de los intereses en juego”¹⁴².

2. Algunas perplejidades de los formadores en mediación

2.1. Organización de Cursos de formación en mediación sin legislación reguladora

¹⁴¹ OYHANARTWE sostiene que el mediador: “(...) debe poseer cualidades personales (trayectoria ética, sensibilidad, facilidad de comunicación, credibilidad), capacitación (para comprender y saber aplicar las etapas del proceso) y manejo de habilidades (saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, armas opciones, manejar ira, saber parafrasear, saber reenfocar, romper estancamiento, planificar estrategias, equilibrar el poder, redactar acuerdos, saber remitir a otros servicios)” (OYHANARTWE, M. Los nuevos paradigmas y la mediación” En GOTTHEIL, J. y J. SCHIFFRIN, A., *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós: Buenos Aires, 1996, pp.31-32).

¹⁴² ORTUÑO, P., “El reto de la mediación en el panorama internacional”, en ROMERO NAVARRO, F. (Compilador): *La mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*. Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p.61.

Los Directores de Cursos de Formación en Mediación en España –como es nuestro caso, que llevamos ya 6 años dirigiendo Cursos de estas características¹⁴³- hemos ido encontrando en las respectivas normativas autonómicas una gran ayuda a la que, al inicio, era una labor “a ciegas”. La mayoría hemos empezado a dirigir Cursos de formación en mediación con anterioridad a que se hubiera promulgado la correspondiente Ley en la Comunidad Autónoma.

El contenido de los Cursos de formación en mediación era elaborado en función de algunas de las directrices europeas y del sentido común –un gran aliado, en no pocas ocasiones- de quien, tras haber realizado un Curso de Mediación, entendía que el alumno debía tener conocimientos interdisciplinarios psicológicos, jurídicos, económicos, sociales y otros. Posteriormente, los Reglamentos de desarrollo de las respectivas Leyes Autonómicas de Mediación Familiar en España, han incluido los temas y contenidos mínimos exigibles en todo Curso. Ello se completa con el requisito de tener que solicitar la previa acreditación de los Cursos, ante el organismo competente en cada Comunidad Autónoma, lo que proporciona al alumno así como también al Director del Curso-, una seguridad acerca de que lo que está estudiando, es “lo adecuado” para formarse en mediación.

La formación de profesionales para la práctica de la mediación cobra cada vez mayor relevancia: quiénes han de ser los destinatarios de la formación en mediación; cuántas horas ha de tener ésta y qué contenido; qué prácticas serán exigibles; si los alumnos habrán de superar alguna prueba para demostrar su formación, qué perfil ha de tener el candidato a la formación y si ha de establecerse una formación continua o un reciclaje de la formación recibida; qué papel han de asumir los colegios profesionales en la formación, y si han de tener o no algún cometido y responsabilidad en la formación, en la creación y gestión de un registro de mediadores y si han de ostentar potestades disciplinarias y deontológicas.

2.2. La demanda de una legislación nacional sobre mediación

Sería deseable una regulación de unos mínimos sobre formación, de ámbito nacional y no una regulación fragmentaria por Comunidades Autónomas, de manera que se posibilitara la libre

¹⁴³ Los Cursos de Mediación han dado lugar a la constitución de diversas Asociaciones de mediación. Durante los primeros años, prácticamente, cada nueva promoción de Mediadores, al acabar su Curso, constituía una Asociación. Por ejemplo, de la primera Promoción de Mediadores Familiares en Castilla y León en el curso 1999-2001, celebrado en la Universidad Pontificia de Salamanca, surgió la primera Asociación en nuestra Comunidad: la Asociación para el desarrollo y la Difusión de la Mediación de Castilla y León siendo su Presidente, inicialmente, D. Jorge de la Parra, Psicólogo y mediador familiar del Ayuntamiento de Ávila; Vicepresidenta y, actualmente, Dña. Nuria Belloso Martín, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos y Directora del Curso de Postgrado Universitario en Mediación Familiar que se vienen impartiendo desde el año 2003 hasta la fecha; Secretario, D. Antonio Sastre Peláez, abogado y Mediador Familiar, Director del Centro de Negociación Empresarial y Mediación Familiar de Castilla y León y Director del Curso de Postgrado en Mediación, de la Universidad Europea Miguel de Cervantes de Valladolid. Los miembros de la citada Asociación han realizado diversas actividades relacionadas con la mediación, tales como formación de mediadores, organización y participación en Congresos nacionales e internacionales, publicación de libros y trabajos sobre mediación y otras.

circulación de los profesionales en el territorio nacional¹⁴⁴. La *Carta Europea para la Formación de mediadores y familiares* en las situaciones de separación y divorcio, en 1992; el *Foro Europeo de Mediación Familiar*, y la *Recomendación nºR (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar y otros*, regulaban de una forma muy genérica las características de los formadores y las de los destinatarios de la formación, la duración de la formación (se exigía un mínimo de 180 horas), etc. Todo ello desembocaba en que los Estados tuvieran un amplio margen para definir cuáles habían de ser los procedimientos de formación, qué criterios se han de tener en cuenta en relación con el candidato que solicita ser formado, qué contenidos se han de impartir, qué número de horas, cómo ha de ser la metodología que se utilice en la teoría y en las prácticas, cómo se han de supervisar éstas, cómo se evaluará el aprovechamiento de tal formación por la institución formadora y si es conveniente establecer un proceso de formación continua que garantice una revisión constante de conocimientos.

Hay unos puntos que están presentes en las regulaciones internacionales y autonómicas: a) La titulación adecuada y la formación en las materias objeto de la mediación; b) Independencia, neutralidad e imparcialidad en relación con las partes mediadas en conflicto y transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

En relación a la demanda de una ley de ámbito nacional sobre la mediación¹⁴⁵, debemos destacar que, D. Ángel Ardura Pérez, Asesor de la Secretaría de Estado de Justicia, en un Congreso sobre Mediación y arbitraje, celebrado en septiembre en la Universidad de Cantabria, manifestó que se está ultimando este proyecto de Ley, que posiblemente se presentará en el mes de noviembre de 2009 para su discusión y ulterior aprobación. Esta Ley nacional pretende:

a) La trasposición, en España, de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya que el plazo máximo con el que se cuenta es hasta el 21º de mayo de 2011.

¹⁴⁴ El borrador de trabajo sobre la *Situación de la mediación familiar en España*, realizado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Dirección General de Familia e Infancia, con la colaboración de las Comunidades Autónomas en el año 2001-2002, recogía algunas propuestas para una mediación familiar de calidad en España, y se afirmaba la necesidad de establecer un “marco estatal de desarrollo y ordenación de la Mediación familiar, independientemente de las regulaciones autonómicas existentes y que puedan existir en un futuro, entre otras, con las siguientes finalidades: “(...) La regulación de unos mínimos sobre formación y capacitación de los mediadores familiares, con el fin de posibilitar la libre circulación de los profesionales en el territorio nacional (...)” (GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006, p.425).

¹⁴⁵ No podemos dejar de destacar, como novedades legislativas en el panorama de la mediación en España, la reciente promulgación, en Cataluña, de una Ley de Mediación -a la que podríamos calificar de segunda generación de Mediación: *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de Derecho Privado en Cataluña*.

- Conveniencia de extender la mediación a otros conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones.
- Esta Ley viene a colmar las aspiraciones que, con ocasión de la redacción de nuestra Ley de Mediación Familiar para Castilla y León, se plantearon desde algunos sectores: que su ámbito de aplicación pudiera ir más allá de los conflictos en el ámbito de la familia.
- La mediación comunitaria, social o ciudadana son ejemplos evidentes de los conflictos derivados de compartir un espacio común, así como las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.

- Aprobación de un Plan Estratégico de Justicia (el 18 de septiembre de 2009): se potencian las formas complementarias de resolución de conflictos, como una forma de descongestionar los Juzgados: la actuación judicial debe ser la última *ratio* a la que acudan los ciudadanos.

-La voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos no sólo tiene la finalidad de agilizar el trabajo de los tribunales de Justicia sino, fundamentalmente, la de hacer posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes.

b) Creación de una comisión de Apoyo para elaborar una ley de Mediación de ámbito nacional (Subdirección de Política legislativa): Se trata de establecer una especie de control de calidad para que no existan distorsiones en el ordenamiento jurídico o que la mediación resulte ineficaz.

2.3. Dificultades en la formación práctica de los mediadores

Hay una gran asignatura pendiente en la formación en mediación: la parte práctica. Los directores de los Cursos no estamos en condiciones de poder garantizar a los alumnos el que puedan asistir a un proceso de mediación. Los profesores que participan en el Curso muestran su buena disposición, ofreciendo que, en el caso de que en su ejercicio profesional como mediadores, deban llevar a cabo una mediación, algunos alumnos podrían asistir. Pero para que esto sea una realidad, son necesarias dos condiciones: a) Que las partes mediadas autoricen que, junto al mediador, acudan otras personas –los alumnos que se están formando en mediación-; b) Que haya procesos de mediación: y aquí radica la dificultad: hay muy poca demanda de mediación –nos referimos a mediación familiar en la Comunidad de Castilla y León, de manera que a veces, transcurren los dos últimos meses del Curso –que sería cuando el alumno estaba en condiciones de aprovechar adecuadamente el ejercicio práctico de mediación- y no ha habido ningún caso.

En Derecho comparado –especialmente en Brasil- hemos observado una actividad interesante que permite que los alumnos puedan realizar prácticas de mediación y, a la vez, ofrecen un servicio a la comunidad:

a) Núcleos de Práctica Jurídica, Psicológica y de Mediación: al igual que en las Facultades de Derecho de las Universidades españolas se desarrolla la “Escuela de Práctica jurídica” para que los alumnos puedan recibir una formación práctica más seria, impartida por profesionales de la abogacía, que les plantean casos reales, en algunas Universidades brasileñas, los alumnos del último año de las Facultades de Derecho y de Psicología, ofrecen servicio de mediación gratuita, a miembros de la comunidad que requieran sus servicios. Les permite un contacto con la sociedad real, pueden realizar las prácticas y, simultáneamente, les ayuda a estudiar la teoría de sus respectivos cursos con una perspectiva más realista y práctica. Hay un doble beneficio: para el alumno y para la comunidad.

b) Servicios de mediación en las *favelas*: en varias ciudades de Brasil –Río de Janeiro¹⁴⁶, Fortaleza¹⁴⁷, Salvador de Bahía¹⁴⁸- hemos tenido ocasión de visitar los centros de mediación, donde universitarios y profesionales –abogados, psicólogos- de forma altruista, ofrecen los servicios de mediación al objeto de ayudar a gestionar los conflictos a la población carente que rechaza el Derecho oficial, que no tiene la formación adecuada –ni tampoco tiene fe en los mismos- para acudir a los servicios de un profesional de la abogacía. Litigios familiares, conflictos comunitarios, laborales, penales, son gestionados por estos alumnos que aprenden en la escuela de la vida cómo son los conflictos reales.

Algunos, a la luz de la modificación de los planes de estudio para adaptarlos a los nuevos Grados, habían comenzado a barajar la posibilidad de implantar un Grado en “Gestión complementaria de conflictos”. Podemos decir que, prácticamente ya concluido este proceso de configuración de los nuevos Grados, no se ha habido ninguna oferta en este sentido. Incluso, se había contemplado la posibilidad de introducir, como asignatura optativa “Gestión y resolución complementaria de conflictos”, referida a los diversos ámbitos de aplicación (civil, penal, laboral, y otros) pero las dificultades en hacerse con el mayor número de créditos por parte de las Áreas y la reducción del número de créditos de los nuevos Grados (al reducirse de cinco a cuatro años) lo han hecho también inviable. Sólo tenemos noticia de la oferta de una asignatura de tales características en la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y, como asignatura optativa, en la Universidad Europea Miguel de Cervantes, en Valladolid.

Otro tema sería el de la oferta de Cursos de mediación *on line* (la parte teórica resulta más admisible. La dificultad estriba en la parte práctica -¿cómo puede participar el alumno virtual en el desarrollo de simulaciones en mediación, de *rol play*, etc.?-. tal vez se pueda pensar en la impartición de un Curso semi-presencial.

Un reto futuro de la formación en mediación será el de buscar los mecanismos adecuados para que la práctica de la mediación pueda desarrollarse efectivamente, y no quedarnos meramente con la teoría. Las técnicas y habilidades para conducir una mediación, que se puedan enseñar en los Cursos de formación, serán siempre insuficientes hasta que el alumno se enfrente, en casos reales, a la mediación.

La elaboración de unos estándares mínimos de formación –que pueden ser nacionales o internacionales¹⁴⁹- y la creación de una red de formadores en mediación¹⁵⁰ constituyen sólo algunos

¹⁴⁶ Agradecemos la colaboración de Pedro Strozenberg, que nos ha guiado por algunas de las favelas más complicadas de Río, donde hemos podido apreciar el enorme esfuerzo realizado para difundir la mediación como forma de gestionar los conflictos en las zonas de favelas.

¹⁴⁷ Merece especial mención el proyecto de “Lagamar”, en las afueras de la ciudad, que coordina Haradja Torrens. Hay una especial preocupación por intentar ofrecer unas actividades alternativas a los jóvenes.

¹⁴⁸ Subrayamos los esfuerzos del Profesor Raimundo Luiz de Andrade, que se ha preocupado por intentar vincular a los universitarios a la ingente tarea que hay que realizar en las favelas. Los “Núcleos de Práctica jurídica” y la oferta de servicios de mediación, han contribuido a ello.

¹⁴⁹ El Foro Mundial de Mediación – como el que se va a celebrar el próximo mes de noviembre en Venezuela- podría ser la sede adecuada para elaborar unos criterios de acreditación de los Cursos y unos estándares de calidad.

¹⁵⁰ Esta red de formadores en mediación permitiría intercambiar experiencias sobre las dificultades y logros de la formación en mediación. También facilitaría aunar esfuerzos de cara a la entrada en vigor del “Plan Bolonia”:

ejemplos del interés por trabajar aunando esfuerzos entre todos aquellos que creen en la mediación y se preocupan por profesionalizar adecuadamente la mediación.

3. Algunas inquietudes y perplejidades del alumno que se forma en un Curso de Mediador

3.1. Mediador: ¿pasivo “neutral e imparcial” o “facilitador” activo?

La Recomendación Nº R (98) 1 dedica el punto III a los procesos de mediación, adoptando como eje cardinal de los mismos la figura del mediador y destacando, a través de nueve puntos, los principios rectores de su actuación. Libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad, protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de las partes en conflicto y del mediador, sencillez y rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador familiar en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación.

Uno de los requisitos que más preocupan a los alumnos que están formándose en mediación es el de cómo conciliar imparcialidad¹⁵¹ y neutralidad¹⁵² con la posibilidad de hacer sugerencias a las partes mediadas, de ofrecerles un abanico de posibles actuaciones a llevar a cabo. Es decir, cómo hacer para que el mediador no se limite a ser una figura rígida, pasiva, por ese temor a perder la imparcialidad y neutralidad pero, por otro lado, que efectivamente realice su papel de facilitador. Esta inseguridad en relación de ¿hasta dónde puedo llegar para que las partes mediadas conozcan todas las posibles opciones que se presentan ante ellos?, les hace ser a veces, excesivamente “cautelosos” a la hora de dirigir con soltura un proceso de mediación. Preguntas sobre ¿puedo decir

elaboración de un Programa y unos contenidos comunes e imprescindibles para los Cursos de formación en mediación; revalorización de los títulos propios frente a Bolonia; establecimiento de un Módulo rotatorio, haciendo posible la movilidad de alumnos entre los diversos Cursos de formación en mediación entre distintas Comunidades Autónomas en España, o incluso, de carácter internacional.

¹⁵¹ El apartado III-I de la citada Recomendación establece que “el mediador debe ser *imparcial* en su relaciones con las partes”. Por ejemplo, no podrá intervenir como persona mediadora familiar aquel que haya ejercido profesionalmente contra alguna de las partes y se considera como hecho constitutivo de infracción el incumplimiento del deber de imparcialidad.

¹⁵² En el apartado III-II de la Recomendación se exige que el mediador sea *neutral*. Es decir, debe ayudar a conseguir acuerdos sin imponer ni tomar parte por una solución o medida concreta, sin imponer su propia jerarquía de valores o su ideología.

El apartado III-IV de la Recomendación impone al mediador el deber de abstenerse de imponer una decisión a las partes. No debe confundirse este deber con el de neutralidad. El *deber de no-imposición* trata de salvaguardar la libertad de las partes de manera que, a la hora de adoptar un determinado acuerdo, lo hagan haciendo uso de su autonomía de la voluntad.

esto? O miradas suplicantes de ayuda al mediador profesor de prácticas, cuando realizan las simulaciones en mediación, lo ponen de manifiesto.

Esta situación de duda se produce tanto en relación a temas psicológicos ¿puedo intentar bucear en el porqué de su conducta? ¿Porqué reacciona así? Porqué responde de esta forma? No son pocos los casos en los que cuando un alumno intentaba ser más creativo, el resto de los alumnos ya le acusaban de “estar intentado hacer terapia (...)”.

Y más complicada resulta la situación para los alumnos mediadores con formación jurídica, pues tienen la sensación de estar bordeando la tenue línea entre el consejo jurídico y el facilitar información jurídica a las partes¹⁵³: ¿puede comentarles que el artículo del Código Civil establece que (...)?; ¿puede advertirles de que el acuerdo al que están llegando bordea la legalidad?

En definitiva, se trata de analizar la facultad de hacer propuestas no vinculantes. Hay que recordar que el mediador firma un contrato de mediación con las partes, por lo que el mediador debe tomar conciencia de que tiene un encargo que surge del propio contrato de mediación y que además deberá cumplir siguiendo los principios fundamentales de la mediación¹⁵⁴.

La mediación es una técnica de ADR que requiere la intervención de un tercero que carece de capacidad decisoria en la solución del conflicto, al contrario de otras figuras como el juez o el árbitro. Sin embargo, el que el mediador no tenga en sus manos ofrecer la solución al conflicto no puede entenderse como una intervención pasiva, limitada a la mera presencia junto a las partes, o al establecimiento de un orden en el turno de palabra, sino que su participación debe ser entendida como activa¹⁵⁵.

Es decir, la actuación del mediador está dirigida a restablecer una comunicación cooperativa y responsable entre las partes en conflicto, lo cual permitirá que éstas sean capaces de manifestar sus posiciones e intereses de forma clara y concreta al otro, evitando los recelos y prejuicios que cualquier conflicto genera.

No se trata de que el mediador actúe como mero transmisor de la comunicación sino que permita a cada una de las partes mediadas que pueda dar a conocer su posición al otro: es un facilitador de la comunicación. Esta función de “facilitador” también incluye que el mediador

¹⁵³ El apartado III-X de la Recomendación autoriza al mediador a *facilitar la información jurídica* a las partes pero “*no debe dar consejo jurídico*”. Con todo, le permite, en los casos oportunos, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente. La Recomendación está redactada en términos ambiguos. Este punto X es el único del apartado III que no está redactado en un sentido imperativo. El mediador *puede* facilitar información jurídica pero *no debe* dar consejo jurídico. La frontera entre facilitar información jurídica y dar consejo jurídico puede ser muy tenue, y más en ocasiones en que las partes están ofuscadas y una simple información la pueden interpretar como un consejo.

¹⁵⁴ Un ejemplo significativo lo podemos encontrar en la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que, en su art. 14, titulado “De la obligación principal”, establece que, al aceptar el contrato, la persona mediadora queda obligada a cumplir su encargo y responde de los daños y perjuicios que ocasione a la parte familiar en la ejecución de los contratos”.

¹⁵⁵ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid; Universidad Complutense de Madrid, 2009, p.226.

informe a las partes de determinadas cuestiones jurídicas, psicológicas o sociales, que las partes mediadas suelen plantear. En nuestra opinión, el mediador puede llevar a cabo esa labor de información, pero no debe olvidar que tiene un límite importante y es que en ningún caso el mediador puede ofrecer asesoramiento a las partes, ni dejar entrever la solución que le resulta más adecuada, ya que los principios de neutralidad e imparcialidad se verían seriamente comprometidos.

En relación a esta función del mediador, una de las cuestiones que despierta más dudas entre los alumnos es la de si el mediador tiene capacidad para proponer alternativas de solución. Esta posibilidad es contemplada en el modelo estadounidense de mediación, siendo conocida como la “evaluative mediation” o mediación valorativa, que es aquella en la que el mediador ayuda a las partes a encontrar una solución proponiendo soluciones prácticas, frente a la “facilitative mediation”, en la cual el mediador no propone en ningún caso soluciones. El principal problema que puede derivar de esta posibilidad es que la alternativa de solución propuesta pueda dejar entrever aquella que resulta más adecuada a criterio del mediador, según su propia escala de valores, lo que acaba poniendo en peligro el principio de neutralidad que debe guiar su intervención. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a sostener que el mediador no debe realizar propuestas de solución al conflicto planteado¹⁵⁶.

Otra cuestión es la de si el mediador puede ofrecer alternativas o propuestas de solución que recojan los intereses de ambos sujetos en conflicto, ya que tiene una experiencia propia en cierto ámbito de conflictos que puede permitirle plantear alternativas que ni las partes hayan pensado y que puedan resultar adecuadas a sus intereses. Ahora bien, las alternativas no deben ser las más adecuadas según el criterio o los valores propios del mediador, sino que deben ser alternativas que recojan sus intereses y valores manifestados por los mediados en las sesiones de mediación. Precisamente, en eso consiste la neutralidad propia del mediador, en no plasmar su propia escala de valores sino permitir que sea la propia escala de valores de las partes mediadas la que prevalezca en el proceso de mediación.

Esta cuestión puede complicarse aún más cuando se constata que existen ciertos ámbitos en el ordenamiento jurídico español y, también, en otros países, donde se admite la posibilidad de que el mediador pueda ofrecer una propuesta formal de solución no vinculante para las partes. Es decir, el mediador, después de conocer las posiciones de las partes en conflicto, podrá emitir la solución que le parezca más adecuada en una propuesta que, en ningún caso, será vinculante para las partes. Dicha propuesta, sea o no aceptada, dará fin a la función del mediador en dicho conflicto¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *op.cit.*, p.232.

¹⁵⁷ En España pueden encontrarse diversos ámbitos en los que este tipo de actuación está admitida: a) En el ámbito de consumo, una vez que el mediador ha escuchado las posiciones de ambas partes emite una propuesta de solución que podrá ser aceptada o rechazada por éstas, pero que en cualquier caso pone fin al proceso de mediación. En caso de ser aceptada, las partes hacen suya la propuesta y se vincularían a la misma, mientras que en caso de ser rechazada, la propuesta se daría por concluida la mediación y habría que acudir a otras instancias, arbitrales o jurisdiccionales, para la solución del conflicto; b) en el ámbito laboral, el art.10.7 del ASEC-II establece que la función del mediador es ofrecer una propuesta de solución del conflicto que podrá ser aceptada o rechazada por las partes; c) En el ámbito de la mediación en conflictos sanitarios se distinguen dos etapas en el proceso de solución del conflicto: la etapa de conciliación y la de mediación. El conciliador trata de informar a las partes sobre las distintas alternativas ante el problema e intenta manifestar las ventajas de la consecución del acuerdo. Solo en el caso de no poder alcanzarlo por

La mediación es un sistema autocompositivo –no heterocompositivo¹⁵⁸- puesto que la solución no se da por el tercero. Aunque se reconozca al mediador la facultad de proponer una solución (la que él considere más adecuada a la vista de los intereses de las partes), ya que las partes pueden desvincularse de esta propuesta, impide su consideración como órgano que decide sobre la controversia. Son las partes las que deciden en última instancia la solución, si bien es posible distinguir distintos grados de intervención del tercero o mediador, llegando a alcanzar en ciertos ámbitos un grado muy próximo a la función de decisión, pero sin que pueda llegar a serlo¹⁵⁹.

3.2. Y ¿si el juez no homologa el acuerdo de mediación?

Una de las preocupaciones de los alumnos es la de qué sucede si, después de que las partes en conflicto, tras el proceso de mediación conducido por el profesional mediador, han llegado a un acuerdo y el juez no lo homologa. Es decir, se plantea la relación entre el mediador y las normas jurídicas. No puede olvidarse que el acuerdo al que se llega, especialmente tras concluir una mediación familiar -al que se le suele denominar desafortunadamente “Convenio regulador” aunque lo adecuado es acuerdo de mediación-, debe tener presente unos límites legales.

El mediador ha de tener conocimientos jurídicos dado que debe tener en consideración los límites que suponen las normas de Derecho de familia a los pactos que las partes mediadas puedan acordar. Pero también es cierto que una de las características del proceso de mediación es la flexibilidad que poco tiene que ver con la rigidez del marco normativo-jurídico. Si alguno de los pactos parece que vulnera el orden público, el mediador debe ayudar a las partes a examinar y comprender cuáles son las necesidades y si las soluciones que se proponen son viables con vistas a salvaguardar el interés de los hijos. Si el mediador observa que alguna de esas necesidades está quedando sin cubrir deberá hacérselo saber a las partes, por si fuera necesario un asesoramiento al

ellos mismos (porque la participación del conciliador no es activa en este sentido) se pasa a la fase de mediación, que consiste en una proposición de acuerdo, al cual las partes podrán manifestar las objeciones o correcciones que consideren y que el mediador incluirá o no en su propuesta. Una vez realizado esto, las partes aceptan o no el acuerdo; d) En el ámbito de los servicios financieros, hay que destacar la figura del Comisionado, regulada por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, que tiene encomendada la defensa de estos clientes a través de la resolución de quejas, reclamaciones o consultas que éstos presenten frente a las entidades financieras, dentro del ámbito de su competencia. La función del Comisionado es la de emitir un informe, según establece el artículo 5.4 del Real Decreto 303/2004 –no utiliza el término Dictamen-, que ponga fin a la consulta, queja o reclamación. El informe del Comisionado no tiene carácter vinculante para ninguna de las partes, siendo de carácter informativo (BLANCO CARRASCO, Marta, *op.cit.*, pp.233-235).

¹⁵⁸ Algunos autores han llegado a considerar la mediación como un sistema heterocompositivo, puesto que al formular el mediador algunas propuestas de solución, interpretan que la solución se da por el tercero. Incluso, el que las partes puedan aceptar o rechazar la propuesta realizada supone un reconocimiento de la autonomía de la voluntad que ha permitido considerar la mediación como un sistema heterocompositivo de “menor medida” o de “bajo riesgo”, considerándolo como una “intervención espontánea”, en la que las partes pueden rechazar, aceptar o modificar la solución propuesta (BLANCA CARRASCO, Marta, *op.cit.*, p.237).

¹⁵⁹ Habría también que diferenciar la mediación de la conciliación (judicial o extrajudicial), evitar la confusión entre mediación y arbitraje informal, y con figuras de otros terceros (el mediador no es un corredor, no es un juez, no es un árbitro, no es un amigable componedor, no es un arbitrador).

respecto. Como apunta L. García García, “(...) si se trata de acuerdos que por su creatividad se apartan de los criterios jurisdiccionales, el mediador, con vistas a la homologación judicial, deberá detallar cuidadosa y explícitamente las razones en que se fundamenta tal decisión, a fin de que el juez pueda valorar las circunstancias que las partes han tomado en consideración para llegar al acuerdo”¹⁶⁰.

Si el acuerdo de mediación tiene naturaleza contractual, las partes han de tener la capacidad que se exige para la celebración de los contratos en los artículos 1263 y 1264 del Código Civil. Pero ya hemos indicado que los acuerdos de mediación no pueden ser contrarios a Derecho. Hay pues unos límites.

Antes de analizar los límites que debe contemplar el acuerdo de mediación familiar, hay que partir de que no todas las cuestiones controvertidas que puedan existir entre los sujetos del conflicto pueden intentar dirimirse a través de un proceso de mediación familiar. En primer lugar, si se procede a una aplicación analógica de la normativa del Código Civil en materia de Derecho de Familia se observa que, en su mayoría, las normas son imperativas y en el único supuesto en que el legislador permite que los actores del conflicto regulen las consecuencias del mismo es en los procesos consensuales de nulidad, separación y divorcio. En el artículo 90 del C.Civ. se establece el contenido mínimo del convenio regulador de los efectos de nulidad, separación y divorcio permitiéndose la intervención de la autonomía privada pues nadie mejor que los cónyuges para poder determinar aspectos sobre su crisis matrimonial.

Esto puede llevar a cuestionarse la operatividad de la mediación familiar dado que en los procesos judiciales también puede llegarse a una solución consensuada. Pero como ya hemos subrayado, el mérito de la mediación es que el rol del mediador no es el de un abogado o el del juez sino que van a ser las propias partes en conflicto quienes elijan la solución para poner fin a su conflicto.

En segundo lugar, hay materias que quedan excluidas de la mediación familiar, dado el requisito de la voluntariedad y libertad, son todos aquellos casos en que existan malos tratos o riesgo sobre la integridad física o moral de cualquiera de las partes pues, aparte de poder incurrir en una conducta penal tipificada, estaríamos partiendo de una situación de profundo desequilibrio entre las partes, por lo que no es posible la mediación.

La Ley admite dos tipos de separación judicial: Consensuada y por causa legal. Nos vamos a referir a la separación por mutuo acuerdo que es la que resulta más similar al acuerdo de mediación. Para que se decrete la separación, el artículo 81 del CCv. Exige la petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro. Su decisión se funda en la voluntad de ambos. La función del juez se limita a comprobar u homologar el cumplimiento de los requisitos legales. Con la demanda debe presentarse una propuesta de convenio regulador de la situación de los cónyuges separados. El juez accede generalmente a lo establecido en dicho convenio, salvo que resulte perjudicial para los

¹⁶⁰ GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson, 2003.

menores o para alguna de las partes. Si el acuerdo total no es posible, el procedimiento seguirá por la vía contenciosa y será el juez quien determine la solución en los puntos conflictivos¹⁶¹.

Con respecto al acuerdo de mediación familiar como tal, hay que partir de que la citada Recomendación no define este concepto. Nos adherimos a la definición de M. Torrero Muñoz, que lo presenta como “el documento por el que los actores en conflicto dejan constancia de la solución adoptada para resolver la crisis existente entre ellos. Documento que estará sometido a las reglas generales de los contratos en orden a la capacidad de las partes y demás requisitos esenciales para su validez”¹⁶². Con el convenio regulador se permite a los cónyuges que sean ellos mismos quienes regulen las consecuencias derivadas de la separación o del divorcio. Es una concreción del principio general de autonomía privada consagrado en el artículo 1.255 del CCv. Sin embargo, esta inicial libertad no es ilimitada ya que está sometida al control que supone la aprobación judicial del convenio.

El acuerdo de mediación que puedan suscribir las partes que participan en un proceso de mediación y el convenio regulador que puedan acordar los cónyuges en una separación judicial presentan analogías dada la función que tienen ambas, como es la de permitir a los cónyuges la regulación de los efectos de su crisis matrimonial. De ahí surge el interrogante, para aquellos que se aproximan a la mediación, en los casos de crisis matrimonial –que es a los supuestos a los que únicamente estamos haciendo ahora referencia con el acuerdo de mediación, no a las parejas de hecho ni a otros conflictos de familia, en los que no tiene campo de aplicación el convenio regulador- qué diferencia hay entre el convenio regulador que pueden acordar los cónyuges, junto con el auxilio de un abogado, que después revisará un juez, y el acuerdo de mediación, al que llegan tras un proceso de mediación, y que después también será homologado por un juez. En el convenio regulador se reconoce la libertad de pacto de los cónyuges, si bien sujeto a las limitaciones impuestas por la propia autonomía privada y a las que derivan del necesario control judicial establecido en el artículo 90.2 del CCV.

El acuerdo de mediación guarda una correlación evidente con los convenios extrajudiciales y, atendiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, se vino a establecer que tales pactos eran nulos por tres causas: 1) ser contrarios a la ley, a las buenas costumbres o al orden público; 2) ser ilícita su causa; 3) vulnerar la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales *ex* artículo 1814 CCv.

Con todo, a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, se introduce una importante novedad en materia de Derecho de Familia al reconocer, por una parte, efectos jurídicos a la separación de hecho; y por otro lado, al permitir a los cónyuges, en los procesos consensuales, la autorregulación de las consecuencias de su nulidad,

¹⁶¹ Las peticiones de separación y divorcio presentadas por ambos cónyuges, de común acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro, se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo 777 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶² TORRERO MUÑOZ, M., “El acuerdo de mediación familiar”. En *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, LLOPIS GINER, J.M. coord., Valencia, 2003, Editorial Práctica de Derecho, *cit.*, p.92.

La autora subraya que su estudio se limita a estudiar el contenido del acuerdo de mediación adoptado en situaciones de crisis matrimoniales o conyugales, sin perjuicio de que en este procedimiento se pueda buscar la solución a otro tipo de crisis, como pudiera ser la paternofilial o la parental.

separación o divorcio lo que obedece a una claro reconocimiento del principio de autonomía privada. La mediación familiar también persigue el objetivo de reducir al ámbito de lo privado la resolución de los conflictos matrimoniales, es decir, una desjudicialización de los conflictos familiares, aunque en los convenios reguladores se precise de la correspondiente aprobación judicial. Como establece M. Torrero Muñoz, si se está en presencia de un negocio jurídico de Derecho de Familia, deberá admitirse su validez siempre y cuando concurran dos requisitos: 1) Que verse sobre materias que son objeto de libre disposición por las particulares. Cuestión distinta es determinar los límites entre lo disponible y lo indisponible por las partes, es decir, qué pactos pueden ser homologables y cuáles no; 2) Que concurran elementos esenciales a todo negocio jurídico ex artículo 1261 del Código Civil¹⁶³.

Conforme al art. 90 del CCv. se admite la posibilidad de los convenios reguladores que, “serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987). El convenio regulador (a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código Civil) deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

- A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos;
- B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar;
- C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso;
- D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio; E) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Si el acuerdo de mediación familiar versa sobre la atribución de guarda y custodia de menores o régimen de vistas, el preceptivo *favor filii* implica el imprescindible control judicial. Pero si solo se incidiera en materias de carácter patrimonial podría protocolizarse ante Notario sin que por ello perdiera eficacia jurídica¹⁶⁴.

¹⁶³ TORRERO MUÑOZ, M., *op.cit.*, pp.94-95.

¹⁶⁴ Los cinco epígrafes del artículo 90 del CCv. Integran el contenido mínimo del convenio regulador, pudiendo incluir además, otros extremos:

- a) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos;
- b) La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar;
- c) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso;
- d) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio;
- e) La pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Si un convenio regulador ha sido homologado judicialmente en el procedimiento de separación, no puede ser rechazado por el juez que conozca del divorcio si no se ha producido una alteración de las circunstancias.

La sentencia que conceda o deniegue la separación o el divorcio, se pronunciará sobre el convenio, aprobándolo o rechazándolo, en todo o en parte, y, en este último caso, concederá un plazo de diez días para que formulen una nueva propuesta, limitada, en su caso, a los extremos que no hayan sido aprobados.

Así pues, frente al acuerdo de mediación al que las partes pueden llegar en un proceso de mediación se puede oponer que existe en nuestra legislación una posibilidad de resolución de conflictos no contradictoria: el procedimiento de mutuo acuerdo. De hecho, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo abogado, cuya intervención, en interés de ambas partes le reviste de un cierto carácter de componedor. Ciertamente, como hemos visto, comporta grandes ventajas con respecto a la vía contenciosa. Sin embargo, este instrumento procesal por sí solo no sirve para resolver eficazmente la crisis y regular satisfactoriamente para ambas partes, los efectos de la separación y divorcio.

El inconveniente es que muchas veces, los acuerdos alcanzados a través de un mutuo acuerdo, se acaban por no cumplir. El núcleo de la cuestión está en la forma en que se llega a los acuerdos que se presentan a la homologación judicial, si es por un acuerdo de mediación o por un convenio regulador. La comprensión de los problemas que las partes desarrollan en el proceso de mediación ayudados por el mediador, difiere del asesoramiento legal sobre “derechos y deberes” de como un abogado va a asesorar a su defendido. Es por ello que el ser ya la formación del mediador, y su específico rol, le hacen un profesional claramente distinto del abogado o del terapeuta.

El acuerdo de mediación tiene eficacia jurídica entre las partes que lo han firmado, es decir, tiene efecto obligacional entre quienes lo han suscrito, como cualquier otro contrato. Su legalización definitiva y su oponibilidad frente a terceros se puede conseguir: bien a través de la homologación judicial en el correspondiente proceso de carácter consensual, bien acudiendo al Notario, para que se transcriba en el correspondiente documento público, para su posterior inscripción en el Registro oportuno.

3.3. Identificación, por parte del alumno, entre no haber conseguido un acuerdo entre las partes y no haber dirigido con éxito y habilidad la mediación

El alumno concibe el acuerdo de mediación como la conclusión natural del proceso de mediación. A pesar de que se le explica que su trabajo es el de facilitar la comunicación entre las partes, ayudarles a reequilibrar sus emociones, restaurar bloqueos emocionales que pudieran existir y que estuviera dificultando el proceso de comunicación, lo cierto es que les resulta difícil desprenderse de la identificación “acuerdo de mediación” y “éxito del mediador”. Deben comprender que su ayuda se dirige a facilitar una mejor gestión del conflicto de forma que, a veces, concluirá en un acuerdo y, en otras ocasiones, las partes no llegarán a un consenso.

3.4. Excesivo temor a la responsabilidad sancionadora -en caso de incumplimiento de deberes o causas de abstención- por parte del profesional mediador

La ley de Mediación Familiar de Castilla y León constituye un claro ejemplo de una regulación amplia y detallada del régimen sancionador del mediador en caso de que no cumpla adecuadamente sus deberes. Ello hace que el alumno, cuando está desarrollando sus simulaciones en mediación, no consiga la soltura adecuada para conducir, con cierta seguridad, el proceso de mediación. La falta de aplomo, el temor a que si formula una pregunta esté vulnerando, por ejemplo, la neutralidad, le hace estar a veces más pendiente de las preguntas que va a formular, o el discurso que va a presentar a las partes, que a lo que las propias partes mediadas le están respondiendo o contando.

El alumno debe entender que el régimen sancionador se ha tipificado para ofrecer una seguridad a los potenciales usuarios de la mediación. Pero no hay que olvidar que una de las características típicas de la mediación es la de no ser un proceso formal, la de su flexibilidad. Por ello, el temor a una multa, a un periodo de inhabilitación de su profesión de mediadores, se producirá sólo en situaciones en las que se pueda constatar su mala práctica profesional y el perjuicio causado a las partes mediadas.

3.5. Dificultad de movilidad geográfica de los profesionales mediadores por el territorio nacional

Los alumnos formados en mediación en una determinada comunidad Autónoma, conforme a la legislación en mediación familiar de la determinada Comunidad Autónoma, encuentran dificultades para ejercer como profesionales mediadores. Ello obedece a que, previamente, se deberán inscribir en el Registro de mediadores de la nueva Comunidad Autónoma a la que se trasladen. Y, posiblemente –como es el caso de nuestra comunidad Autónoma de Castilla y León- se les exija que acrediten haber cursado el tema de la “Ley de mediación familiar de Castilla y León”, o la Tercer Parte del programa –visionado de casos prácticos y/o prácticas tuteladas). En la práctica, esto alarga mucho el tiempo para poder ejercer como mediadores.

4. Retos futuros

La citada ley de “segunda generación en mediación”, recientemente promulgada en Cataluña, pone de manifiesto la conveniencia de ampliar las áreas de aplicación de la mediación a ámbitos que vayan más allá del de los conflictos familiares. Conflictos de convivencia (vecinales, comunales) y, en general, los comprendidos en el Derecho privado, son susceptibles de encontrar un cauce adecuado para gestionar los conflictos a través de la mediación. Por ello, consideramos acertada la Ley catalana y animamos a que, otras Comunidades Autónomas, se animen a seguir el camino abierto de ampliación del ámbito de aplicación de la mediación.

Junto a este *desideratum* de futuro, las actividades más inmediatas que convendría llevar a cabo son:

1) Continuar con las estrategias de difusión de la mediación, tarea aún por desarrollar más ampliamente. Gran parte de la ciudadanía, de los potenciales usuarios, continúa sin saber qué es la mediación.

2) Fomentar la colaboración entre la Administración de Justicia, los Juzgados, y los mediadores. Búsqueda de fórmulas para desarrollar, de forma ágil y eficaz, esa colaboración. *Vid.* Servicios Públicos de mediación de Cataluña y del País Vasco. En Castilla y León hay algunas experiencias, como en el caso de la mediación penal, en Juzgados de Burgos y de Valladolid, pero se podría ampliar a Juzgados de Familia y a otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador”, en BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coordinadora), *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, Indipress, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 237-270.

. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2009.

. GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson, 2003.

. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.

. ORTUÑO, Pascual, “El reto de la mediación en el panorama internacional”, en ROMERO NAVARRO, F. (Compilador): *La mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*. Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005.

. OYHANARTWE, M. Los nuevos paradigmas y la mediación” En GOTTHEIL, J. y J. SCHIFFRIN, A., *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós: Buenos Aires, 1996.

. TORRERO MUÑOZ, M., “El acuerdo de mediación familiar”. En *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, LLOPIS GINER, J.M. coord., Valencia, 2003, Editorial Práctica de Derecho.

CÓDIGO MODELO DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL PARA IBEROAMÉRICA¹⁶⁵

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

INTRODUÇÃO

A tutela judicial transnacional é uma exigência dos tempos atuais, em que constantemente as relações jurídicas, sob diversos aspectos, ultrapassam as fronteiras de um Estado. Assegurar a efetividade da tutela judicial sem fronteiras significa muito mais do que apenas reconhecer decisões judiciais estrangeiras transitadas em julgado, proferidas em processos de conhecimento. Tudo que for necessário para que seja assegurada a efetividade da jurisdição deve estar compreendido na idéia de tutela judicial transnacional, tais como os atos de urgência, os atos executórios, os atos destinados à comunicação processual ou mesmo os atos probatórios. Pouco importa tratar-se de direito público ou de direito privado; da mesma maneira, a jurisdição há de ser efetiva e estar pautada nos mesmos princípios e ideais da justiça transnacional.

Não obstante, o tratamento diferenciado, em cada Estado, dispensado à cooperação interjurisdicional é sério obstáculo à efetividade da tutela judicial transnacional. Embora partindo das mesmas preocupações – plenitude do acesso à Justiça transnacional e preservação da soberania estatal -, as regras internas de cada Estado, algumas de índole constitucional, acabam sendo contraditórias ou, ainda, sofrendo interpretações contraditórias. A busca pela uniformidade de regras sobre o tema, ideal imaginado por convenções e tratados no âmbito de organizações internacionais (Mercosul, OEA, HAIA, ONU), bem como a busca de um espaço judicial Iberoamericano pela Rede Iberoamericana de Cooperação Judicial (IberRED), dependem preliminarmente de um consenso principiológico. A finalidade de um código modelo de cooperação interjurisdicional reside, justamente, na compilação dos princípios fundamentais e regras gerais inerentes à jurisdição transnacional que, com as adaptações necessárias a cada Estado, sejam passíveis de aplicação em todos os sistemas jurídicos que consagrem o Estado de Direito.

A proposta de um Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica surgiu em julho de 2005, quando das Jornadas Especiais de Barcelona, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, cujo Presidente, Jairo Parra Quijano, em reunião com Ada Pellegrini Grinover,

¹⁶⁵ Elaborado pela Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América [Ada Pellegrini Grinover, Brasil <Presidente>; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil <Secretário Geral>; Abel Augusto Zamorano, Panamá; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Ferreira da Silva, Portugal; Eduardo Vescovi, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Luiz Ernesto Vargas Silva, Colômbia; Roberto Omar Berizonce, Argentina]. Aprovado na Assembléia Geral do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, ocorrida no dia 17 de outubro de 2008, por ocasião das XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, Peru.

Angel Landoni Sosa e Ricardo Perlingeiro, designou-os, juntamente com Abel Augusto Zamorano, para participar de comissão destinada à elaboração de um pré-projeto. As atividades da Comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover e secretariada por Ricardo Perlingeiro, compreenderam discussões a distância (por *e-mail*) e duas reuniões presenciais. Com efeito, entre julho e dezembro de 2005, a Comissão discutiu o assunto via *Internet*, sendo que, nos dias 9 e 10 de fevereiro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em Niterói, foi realizada a primeira reunião presencial, onde se discutiu e aprovou uma das versões da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. Esta versão foi revista e complementada pela mesma Comissão, no decorrer do III Congresso Panamenho de Direito Processual, na Cidade de Panamá, realizado de 15 a 18 de agosto de 2006. O texto final foi submetido à Assembléia-Geral do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, nas XX Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, ocorridas entre 25 e 27 de outubro de 2006, em Málaga, quando foi constituída a Comissão de Revisão, destinada à elaboração do Projeto do Código Modelo, também presidida por Ada Pellegrini Grinover e secretariada por Ricardo Perlingeiro, e da qual fizeram parte Abel Augusto Zamorano, Angel Landoni Sosa, Carlos Ferreira da Silva, Eduardo Véscovi, Juan Antonio Robles Garzón, Luís Ernesto Vargas Silva e Roberto Omar Berizonce. Sucederam-se discussões a distância (via *e-mail*) até que, no dia 15 de setembro de 2007, em Salvador, quando do XIII Congresso Mundial de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual, em reunião que contou com a participação do Presidente do Instituto, Jairo Parra, a Comissão de Revisão aprovou a versão final do Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica.

A idéia de Códigos-modelo não é novidade no espaço Iberoamericano. Em 1967, nas Jornadas de Caracas e Valencia, na Venezuela, surgiu a idéia de confecção de dois projetos de normas processuais com o objetivo de servirem de orientação às reformas legislativas a serem promovidas nos países latino-americanos. Iniciava-se, então, com o trabalho de juristas e comissões organizadas, a elaboração dos Códigos Modelo de Processo Civil e Processo Penal. Recentemente, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual, nas XIX Jornadas de Processo de Caracas, aprovou o Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamérica.

O Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica é bastante arrojado, com uma sistematização absolutamente inédita, não obstante os seus princípios e regras tenham sido construídos a partir da experiência recente dos países Iberoamericanos e de suas normas em vigor (de fonte interna e externa), das quais permitimo-nos destacar exemplificadamente as que inspiraram alguns dos seus principais preceitos: a- *vínculo entre a concepção de ordem pública internacional e a dos princípios fundamentais do Estado requerido* / art. 2º, I (Código Civil Português; Ato do Conselho CE 29 maio 2000); b- *tradução e forma livres para os atos e documentos necessários à cooperação* / art. 2º, VI (Convenção Interamericana sobre restituição de menores); c- *submissão expressa e tácita para fixação da competência internacional condicionadas ao princípio da efetividade* / art. 7º, § 1º (Código Bustamante, Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual); d- *litispêndência e conexão internacionais* / art. 9º (Código Civil Peruano, Código Bustamante, Convenção de Haia sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial, Regulamentos CE 44/2001 e 2201/2003); e- *eficácia automática das decisões estrangeiras* / art. 10 (Regulamentos CE 44/2001 e 1346/2000); f-

investigação conjunta / art. 20 (Lei Portuguesa de cooperação judiciária internacional em matéria penal, Convenção Internacional das Nações Unidas para a supressão do financiamento do terrorismo, Convenção da ONU sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, Ato do Conselho CE 29 maio 2000); g- *comparecimento temporário de pessoas* / art. 22 (Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal; Convenção Interamericana contra o terrorismo, Protocolo de São Luiz de assistência jurídica mútua em assuntos penais no Mercosul, Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a supressão de atentados terroristas com bombas); h- *extensão da competência penal internacional nos casos de negativa de extradição* / art. 24, III (Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos, Convenção das Nações Unidas sobre a proteção física de materiais nucleares); i- *transferência de processo e de execução penal* / art. 25 (Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior, Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado internacional); j- *extradição de nacional* / arts. 30 e 31, IV (Constituição Política Colombiana, Código de Processo Penal da Bolívia, Tratado de Extradicação Chile e Uruguai, Acordo de Extradicação entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, Convenção Interamericana sobre extradição).

O Projeto de Código Modelo está organizado da seguinte maneira. No capítulo primeiro, dispõe sobre o alcance e os princípios fundamentais da cooperação interjurisdicional; nos capítulos segundo e terceiro, sobre as regras gerais das espécies de cooperação interjurisdicional, distinguindo a cooperação civil da cooperação penal; no capítulo quarto, sobre os procedimentos de cooperação interjurisdicional; e, no capítulo quinto, as disposições finais.

ALCANCE E PRINCÍPIOS

Primeiramente, vale registrar que o Projeto não consiste em um modelo para a cooperação “na Iberoamérica”, mas sim de um “Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional *para Iberoamérica*”, isto para que não haja a falsa impressão de que a cooperação seria somente entre os Estados Iberoamericanos. O Projeto de Código Modelo não é uma proposta de tratado internacional a ser ratificado, mas sim uma proposta de normas nacionais a serem incorporadas internamente por países Iberoamericanos, e destinado à cooperação interjurisdicional com qualquer Estado, Iberoamericano ou não.

A expressão “cooperação interjurisdicional” é a mais adequada à tutela judicial transnacional. Os litígios transnacionais, alvo da tutela judicial transnacional, são aqueles que possuem elementos conectados em mais de um Estado. Nesses casos, a efetividade da jurisdição depende, sempre, da atuação conjunta de Estados soberanos. Daí a expressão “cooperação”. É bem verdade que não se trata exatamente de uma cooperação internacional, já que esta expressão é mais

apropriada às relações de Direito Internacional Público e, portanto, à tutela judicial perante tribunais internacionais. Chega-se, assim, à expressão “cooperação interjurisdicional”.

Em compasso com a denominação “cooperação interjurisdicional”, o art. 1º aponta como objetivo do Projeto de Código Modelo o de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional em um plano transnacional, a partir do intercâmbio dos atos de natureza administrativa ou jurisdicional, emanados por autoridades administrativas ou judiciárias, no âmbito do direito público e do direito privado. O art. 2º relaciona os princípios gerais da cooperação interjurisdicional, constando, do inciso I ao V, os princípios que dizem respeito ao cabimento da cooperação e, nos incisos VI, VII e VIII, os que se referem aos procedimentos da cooperação - ativa e passiva.

A cláusula da ordem pública está associada à observância dos princípios fundamentais do Estado em cujo território se pretenda a eficácia de qualquer ato estrangeiro ou se pretenda praticar ato em favor da prestação jurisdicional perante tribunal estrangeiro (art. 2º, I). Dessa maneira, o poder público de um Estado não deve emanar atos contrários aos seus próprios princípios fundamentais, e tampouco atos que sirvam à prestação jurisdicional, noutro Estado, que também seja incompatível com aqueles mesmos princípios. Em decorrência dessa cláusula, não se admite nem mesmo a prática de atos administrativos, tal como o registro de uma certidão de divórcio estrangeiro, ou a prática de atos judiciais ordinatórios que visem a uma prestação jurisdicional incompatível com os princípios fundamentais do Estado do qual se reclama tais atos. A associação entre ordem pública internacional e princípios fundamentais, inspirada na legislação alemã, austríaca e portuguesa ¹⁶⁶, diminui o grau de imprecisão do conceito indeterminado de “ordem pública”, afasta da compreensão desta a simples contrariedade a leis infraconstitucionais ou constitucionais e a eleva ao patamar de princípio fundamental, expresso ou não em uma constituição.

O obstáculo à cooperação interjurisdicional em razão da falta de observância das garantias do devido processo legal no Estado requerente, tal como previsto no art. 2º, II, é desdobramento da cláusula da ordem pública internacional. Não respeitar as garantias do devido processo legal é o mesmo que negar o direito à tutela judicial efetiva e, conseqüentemente, ofender os princípios fundamentais de um Estado. Frequentemente citada nos diplomas legais, a falta de oportunidade de defesa no processo judicial em curso no Estado requerente é um exemplo – mas não o único - da necessidade da observância às garantias do devido processo legal. No mesmo sentido, a publicidade processual assegurada no art. 2º, V atua como garantia do devido processo legal e da ordem pública internacional, excetuada somente nos casos de interesse público que justifiquem o sigilo (art. 6º, III, 2ª parte).

O Projeto de Código Modelo, no art. 2º, III, rejeita qualquer diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não residentes, inclusive quanto à possibilidade de extradição. O acesso à Justiça deve ser efetivo e as garantias correspondentes devem estar ao

¹⁶⁶ Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB), art. 6º, Lei Austríaca de Direito Internacional Privado, §6º, e Código Civil Português, art. 22.

alcance dos nacionais e dos estrangeiros, indistintamente. A gratuidade de justiça – indispensável aos necessitados – deve incluir as despesas, em especial de tradutores.

No art. 2º, IV, estabelece-se como princípio a não dependência da reciprocidade de tratamento. O objetivo é assegurar, em um contexto transnacional, o exercício de direitos pertencentes a pessoas privadas, de modo a não sacrificá-los por culpa do Estado que se omite não oferecendo reciprocidade. Desta omissão, deve resultar a restrição tão-somente a interesses do próprio Estado inerte, sob pena de caracterizar ofensa à tutela judicial transnacional, tal como está previsto nos casos de comparecimento temporário (art. 22), extradição (art. 30, I), e despesas processuais (art. 58).

O Projeto acolhe o princípio da instrumentalidade processual para o procedimento da cooperação ativa e passiva (art. 2º, VI), admitindo a tradução livre, que significa não haver necessidade de tradução juramentada ou oficial, sendo até mesmo dispensável, nos casos em que o tribunal e as partes litigantes dela não necessitem, e admitindo também os meios eletrônicos e videoconferência. Operando em todas as modalidades de cooperação, há previsão expressa desse princípio no art. 5º, parágrafo único (prova por videoconferência) e no art. 6º, parágrafo único (intercâmbio de informações).

A respeito da autoridade central, é consenso de que este organismo deve servir à cooperação interjurisdicional, na medida em que facilite a sua realização (art. 2º, VII). A tramitação dos pedidos de cooperação perante uma autoridade central somente ocorrerá quando, a critério dos interessados, for considerada necessária. Dessa maneira, não obstante os Estados sejam obrigados a manter a estrutura administrativa de uma autoridade central, nos procedimentos de carta rogatória ou de auxílio mútuo, admite-se que as entidades interessadas se comuniquem diretamente. Também deve ser registrado que, diante do papel atribuído à autoridade central, não compete a esta valorar o cabimento do pedido de cooperação, impedindo o seu processamento ou o seu atendimento.

É admitida a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades do Estado requerente (art. 2º, VIII). Com efeito, existem situações em que não seria necessário – ou mesmo possível – esperar uma solicitação do Estado requerente. Trata-se das comunicações ou informações sujeitas ao procedimento do auxílio mútuo. Citem-se os exemplos das comunicações ao Estado requerente quanto à efetivação da medida de urgência (para os fins do prazo instituído no art. 18) ou quanto à ocorrência de procedimentos criminais superveniente (quando posterior ao atendimento de uma solicitação neste sentido).

MODALIDADES DE COOPERAÇÃO

A cooperação interjurisdicional – afeta ao Direito Internacional Privado – alcança litígios transnacionais de direito privado e de direito público. A legislação nacional, européia e

internacional de cooperação interjurisdicional que não reúne as matérias de direito privado com as de direito público assim procede porque, em razão do detalhamento em que se encontram, tal unificação não seria justificável nem viável. Porém, não é o que ocorre com o Projeto de Código Modelo, que contém somente princípios e regras gerais, todos compatíveis com as relações transnacionais afetas a ambos os ramos do direito. A diferença de tratamento foi prevista apenas quando considerada necessária, mesmo em se tratando de princípios e regras gerais, admitindo-se a cooperação penal como especial em relação à cooperação civil, residual. Por último, vale lembrar que não seria enfrentado o importante tema “imunidade à jurisdição” (art. 8º, parágrafo segundo), se não fosse incluída no Projeto a matéria de direito público (administrativo, tributário e previdenciário).

A cooperação interjurisdicional compreende duas classes de modalidades, a de atos ordinatórios e probatórios que não reclamam uma medida jurisdicional do Estado requerido e, por outro lado, a de atos que a reclamam. Na primeira classe, encontram-se a citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial (arts. 3º, I, e 19, I), a realização de provas e obtenção de informações (arts. 3º, II, e 19, II), o comparecimento temporário de pessoas (art. 19, IV) e a investigação conjunta (art. 19, III); na segunda, a eficácia e execução de decisão estrangeira (arts. 3º, III, e 19, VI), a medida de urgência (arts. 3º, IV, e 19, VIII), a extradição (art. 19, VII), a transferência de processo e execução penal (art. 19, V) e, eventualmente, também em alguns casos em que a realização de provas e obtenção de informações necessitam de medidas jurisdicionais (neste caso sujeita à carta rogatória – art. 41, I), como ocorre com a quebra de sigilo ou medidas constritivas, de acordo com a lei processual interna de cada Estado. As regras sobre competência internacional (arts. 7º, 8º e 24) estão situadas estrategicamente entre as duas referidas classes de modalidades de cooperação, pois a competência internacional se presta à jurisdição propriamente dita e não a atos ordinatórios ou desprovidos de conteúdo decisório.

COOPERAÇÃO CIVIL

O Capítulo II inclui modalidades de cooperação que se prestam à própria cooperação civil e, subsidiariamente, à cooperação penal. Referimo-nos às seguintes espécies de cooperação: a- citação intimação e notificação (art. 4º); b- realização de provas e obtenção de informações (arts. 5º e 6º); c- eficácia da decisão estrangeira (arts. 10 e 11); d- execução de decisão estrangeira (arts. 12-14); e- medida judicial de urgência (arts. 15-18).

Quanto aos atos de comunicação processual, estes não serão admitidos quando praticados em relação a processo - em curso noutro Estado – que não seja capaz de ensejar uma decisão final em condições de ser reconhecido pelo Estado requerido (art. 4º). Não faz sentido movimentar a máquina judiciária ou administrativa do Estado requerido, ainda que se trate de atos judiciais meramente ordinatórios, para contribuir com uma prestação jurisdicional que não seja compatível

com os princípios fundamentais deste Estado. Além disso, implicitamente, admitem-se neste artigo os atos de comunicação processual pelo correio.

Em matéria probatória, são admitidos no âmbito da cooperação interjurisdicional todos os meios de prova em geral, desde que obtidos licitamente e destinados a processo em curso noutro Estado em condições de gerar efeito no Estado requerido (art. 5º). Não obstante, além das duas modalidades específicas em matéria penal, sobre investigação conjunta (arts. 20 e 21) e comparecimento temporário de pessoas (arts. 22 e 23), o Projeto de Código Modelo destaca o intercâmbio de informações em três níveis: a- informações sobre o direito estrangeiro; b- informações acerca da existência de infrações penais; c- informações a respeito do andamento de processo administrativo ou judicial e das decisões neles proferidas. O pressuposto da licitude para a admissão da prova reafirma a cláusula da proteção da ordem pública internacional, sendo necessário que o meio de obtenção da prova esteja amparado nos princípios fundamentais, tanto do Estado requerido quanto do Estado requerente.

O parágrafo único do art. 6º, relacionado com o princípio da instrumentalidade, porém fundado especialmente no princípio probatório da livre convicção racional, é contrário à idéia de que algum meio de prova tenha valor absoluto. Tem a regra dupla finalidade. Não se exige a tradução de documentos, tampouco uma tradução oficial, bastando que haja a compreensão dos mesmos - o que pode ser alcançado por diversos meios de prova. A tramitação perante autoridades centrais ou diplomáticas, de acordo com o papel destas entidades, deve facilitar a cooperação interjurisdicional gerando a presunção de autenticidade dos documentos sem que, contudo, tal presunção seja *iuris et de iure*; admite-se prova em contrário.

As regras sobre competência internacional civil (arts. 7º e 8º) estão orientadas pelo princípio da efetividade, que, afinado com o princípio do juiz natural e do *forum non conveniens*, impõem limites ao princípio da submissão sempre que este levar ao *forum shopping*, sacrificando o acesso à Justiça, a ampla defesa, o conhecimento dos fatos, a observância dos direitos adquiridos ou a própria realização fática da tutela executiva ou de urgência (art. 7º, § 1º). De um modo geral, as regras sobre competência internacional acompanham a orientação do legislador interno, preferindo o tribunal do Estado que estiver mais próximo do litígio: mais próximo do demandado, assegurando a ampla defesa (art. 7º, I, 1ª parte); mais próximo do autor, assegurando o amplo acesso à Justiça (art. 7º, III); mais próximo dos fatos, assegurando uma eficaz instrução probatória (arts. 7º, I, 2ª parte, e 8º, I); mais próximo da lei material que regulamente o fato constitutivo do direito subjetivo *sub judice* (art. 7º, II); ou, ainda, mais próximo do local da execução, assegurando a efetividade da tutela executiva ou da tutela de urgência (art. 8º, I e II). Nesse contexto, é competente o tribunal do Estado que mantiver algum vínculo efetivo com o litígio capaz de assegurar um processo justo (art. 7º, III); em caráter subsidiário, é competente o tribunal do Estado que for objeto de convenção, expressa ou tácita, pelas partes litigantes (art. 7º, § 1º).

No plano transnacional, dificilmente prevalece a regra segundo a qual compete ao tribunal do processo de conhecimento promover a execução do julgado. A execução de decisões judiciais é sempre de competência exclusiva do Estado em cujo território se materializa. A prática de atos jurisdicionais executórios – atos que expressam soberania – no território de outro Estado seria vista

como uma interferência direta e indevida na soberania alheia. Portanto, não seria conveniente para a instrução do processo que a condução da execução fosse delegada a um outro Estado que não o do local dessa execução, sob pena de serem expedidas tantas cartas rogatórias quantos atos executórios forem necessários, inviabilizando o processamento.

A submissão ou escolha dos foros no plano transnacional deve ser subsidiária à observância das regras de competência absoluta (concorrente e exclusiva), salvo se, no caso concreto, e também em nome do princípio da efetividade, nenhum outro tribunal estiver em condições de prestar uma jurisdição adequada (art. 7º, § 1º, segunda parte). No entanto, não se admite a prorrogação de competência diante da ausência do réu ou, ainda, a eleição de foro que contrarie regra de competência absoluta ou não autorizada pela própria norma processual internacional. No art. 7º § 1º propõe-se a submissão expressa ou a submissão tácita, somente nos casos em que o tribunal do Estado escolhido ou do Estado indicado for um dos legalmente previstos ou, ainda, não houver ofensa à regra de competência absoluta, de acordo com o caso concreto. Portanto, não se admite submissão (expressa ou tácita) a tribunais de Estados estrangeiros ou que sejam absolutamente incompetentes. Tampouco se admite submissão tácita sem que haja presença do réu; o Projeto preocupa-se com a certeza de que esteja sendo assegurado o direito de defesa, o que no plano transnacional passa a ser da maior relevância, não se extraindo da revelia a renúncia ou submissão tácita ao foro escolhido pelo demandante. É necessário que o demandado compareça e, contestando o pedido, nada diga a respeito da incompetência (art. 7º § 3º).

A imunidade estatal à jurisdição de outro Estado – prevista na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas – está relacionada diretamente com o tema da competência internacional. Decorre da não incidência de leis estrangeiras sobre relações jurídicas de direito público, sendo causa excludente da competência internacional e fixada em favor dos Estados e, portanto, sujeita a renúncia expressa ou tácita, por parte do Estado demandado, como autorizado no art. 7º § 3º.

A litispendência e a conexão entre causas pendentes acarretam a suspensão e não a extinção do processo, para que não haja risco de ofensa à garantia do acesso à Justiça, conforme previsto no art. 9º. Essa suspensão, no entanto, deve perdurar até que haja uma decisão final no processo originário ou, então, durante um prazo razoável. Isto porque, mais grave do que admitir decisões conflitantes e insegurança jurídica, seria suspender um processo por prazo indefinido. Além disso, a litispendência e a conexão somente devem surtir algum efeito se, a critério do tribunal do Estado responsável pela suspensão, o processo originário estiver em condições de ensejar uma decisão final compatível com os princípios fundamentais daquele Estado. Daí a referência a “tribunal internacionalmente competente”.

A eficácia - coisa julgada, exequibilidade e efeitos meramente materiais - transnacional de uma decisão judicial estrangeira é uma das principais modalidades de cooperação interjurisdicional (art. 3º, III). Prefere-se a expressão “decisão”, que é gênero, em detrimento das expressões “sentença” ou “acórdão”, que são espécies. A eficácia da decisão judicial estrangeira automática e independente de reconhecimento judicial prévio, constante do art. 10, na prática, significa admitir a retroatividade da coisa julgada estrangeira (à data do trânsito em julgado na origem) e a valoração imediata das decisões estrangeiras junto a órgãos administrativos ou em uma relação jurídica

qualquer. Apenas a execução de decisão judicial estrangeira - por reclamar exercício de jurisdição pelo Estado requerido – é que pressupõe um reconhecimento judicial prévio, ainda que implícito (art. 49). Convém registrar que, indiretamente, a eficácia automática da decisão estrangeira legitima a admissão da litispendência e conexão internacionais.

A eficácia da decisão estrangeira depende da observância de requisitos compreendidos entre os princípios fundamentais do Estado requerido e as regras sobre competência internacional (art. 11, I, II e III). Consideram-se, também, os requisitos meramente procedimentais, tais como o de a decisão estrangeira estar provida de efeitos na origem (art. 11, IV) ou o da compatibilidade com as decisões proferidas no Estado requerido ou em outro Estado, desde que em condições de produzir efeitos no Estado requerido (art. 11, V).

A execução de decisão estrangeira está sujeita à observância dos requisitos necessários à eficácia das decisões estrangeiras (art. 12). Porém, apenas para frisar, a execução não se enquadra dentre os efeitos automáticos da decisão estrangeira. Aqui, deve-se consignar “a observância aos requisitos”, pois o processo de execução depende de “reconhecimento prévio” incidental pelo ato judicial que autoriza o início da execução e declara a executoriedade do título estrangeiro. Anote-se que não impede a execução de decisão estrangeira haver recurso pendente no tribunal de origem; em outras palavras, admite-se execução de decisão estrangeira não transitada em julgado (art. 14), desde que o recurso lá interposto não tenha efeito suspensivo (art. 11, IV), sendo facultada a exigência de caução, se possível ao demandante (art. 14). Acrescente-se, no caso de execução de decisão de uma medida judicial de urgência, a necessidade de o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, estar em condições de ensejar uma decisão que reúna os requisitos para ter eficácia no Estado requerido, nos termos do art. 13. Aplicam-se à execução de laudo arbitral estrangeiro as mesmas regras da execução de decisão estrangeira (art. 57).

Como regra geral, as medidas de urgência são processadas e decididas pelo tribunal da causa principal. Porém, como o procedimento da execução de decisão estrangeira nem sempre é apropriado à tutela de urgência, tem sido comum autorizar o aforamento destas medidas diretamente no tribunal do Estado em cujo território se pretende sua execução. Esse fenômeno de dissociação entre processo de conhecimento e processo cautelar no plano transnacional está sujeito a alguns limites devidos aos seguintes princípios: 1- princípio do juiz natural – o tribunal da causa cautelar ou de urgência é sempre o tribunal do processo principal, sendo possível atribuir a competência a outro tribunal somente em situações extremas nas quais ficar demonstrado que o procedimento de reconhecimento ou de *exequatur* de medidas de urgência for capaz de inviabilizar a realização do direito alegado (art. 16, I); 2- princípio da ordem pública e da competência internacional – o deferimento da tutela de urgência transnacional diretamente pelo tribunal do Estado em cujo território seria executada, além da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (art. 17), depende ainda: (a) da demonstração de que o direito material reclamado é compatível com os princípios fundamentais daquele Estado e (b) de que a futura e definitiva declaração judicial do direito no exterior será consequência de processo que observe as garantias do devido processo legal perante tribunal que seja competente segundo as regras de competência internacional vigentes naquele Estado (art. 16, II). A natureza provisória de qualquer medida jurisdicional de urgência

condiciona a sua eficácia ao advento, em tempo razoável, de decisão final no processo principal (art. 18).

COOPERAÇÃO PENAL

As modalidades de cooperação interjurisdicional penal que reclamam um procedimento especial em relação à cooperação civil são as seguintes: a- investigação conjunta (arts. 20 e 21); b- comparecimento temporário de pessoas (arts. 22 e 23); c- transferência de processo e de execução penal (arts. 25 e 26); d- extradição (arts. 30 e 31). As regras sobre competência internacional também possuem especificidades (art. 24). Não obstante, a eficácia e execução de decisão penal estrangeira segue a mesma orientação prevista para as decisões civis (arts. 27, 28 e 29).

A investigação conjunta e o comparecimento temporário de pessoas são modalidades de cooperação em matéria de prova que não reclamam uma medida jurisdicional do Estado requerido (art. 19, parágrafo único).

A investigação conjunta entre autoridades policiais e os órgãos de persecução penal de Estados diversos, para apurar crimes transnacionais, é justificável diante da necessidade de realização de investigações difíceis e complexas com implicações em outros Estados (art. 21, I) e da necessidade de ação coordenada nos Estados envolvidos (art. 21, II). É promovida mediante autorização prévia, com objetivos e prazo de duração fixados de comum acordo (art. 20), razão pela qual não há que se falar em ofensa à soberania, especialmente porque na investigação conjunta os atos que reclamarem jurisdição serão levados aos órgãos judiciais competentes do Estado requerido.

O comparecimento temporário de pessoas - presas ou não - objetiva a produção de provas em processo em curso em outro Estado e tem assento nos artigos 22 e 23 do Projeto de Código Modelo. São condições para o comparecimento: a- consentimento da pessoa a ser transferida; b- reciprocidade de tratamento; c- dispensabilidade da pessoa no processo eventualmente em curso no Estado requerido; d- no caso de pessoa presa, o compromisso do Estado requerente de que ela continuará presa; e- compromisso do Estado requerente de promover o retorno da pessoa no prazo fixado; f- compromisso do Estado requerente de que a pessoa transferida não será presa ou sofrerá outras restrições do seu direito de liberdade, por fatos anteriores à sua saída, e, conseqüentemente, não se sujeite a uma extradição indireta e sem o controle prévio do Estado requerido.

No tocante à competência penal internacional, a primeira das suas especificidades é que, ao contrário da competência civil, ela só comporta a modalidade de competência exclusiva (art. 24). Não se admite a concorrência entre Estados para o julgamento da mesma questão. Em direito penal internacional, em regra, não se aplica lei estrangeira para definir tipo penal. Portanto, a competência internacional está vinculada à incidência da norma penal do Estado ao fato (art. 24, I), o que normalmente ocorre quando o ilícito é no território desse Estado. As exceções ficam por conta de situações extremas, em que a dignidade do acusado ou condenado está em jogo, justificando a modificação de competência, tal como previsto no art. 25 que dispõe sobre a transferência de processo e de execução penal. Além disso, prevê-se a extensão da competência penal internacional a um Estado - que em condições normais não seria o mais adequado - em situações em que a

negativa ou impossibilidade de extradição geraria a impunidade caso não houvesse a extensão da competência internacional (art. 24, III).

A extradição objetiva assegurar a eficácia transnacional de decisão penal estrangeira restritiva de liberdade (art. 30, *caput*). A proibição da extradição de nacionais não foi acolhida pelo Projeto, com fundamento no princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, previsto no art. 2º, III. Na verdade, proibir extradição de nacionais é assegurar-lhes um privilégio injustificável, no passado arraigado a uma concepção nacionalista extremada. Se a razão de preocupação reside em não submeter o nacional a um tribunal parcial ou a um tribunal que não assegure as garantias do devido processo, tal preocupação deveria se estender a todos, nacionais ou estrangeiros, mas somente em função daquelas circunstâncias – as de não observância às garantias do devido processo legal. Nesse contexto, a regra em questão, partindo da premissa de que é possível a extradição de nacional, autoriza que, neste caso, o nacional retorne à sua pátria para o cumprimento da pena. Presume-se que o condenado, na sua pátria, terá melhores condições de reintegração social. Trata-se de uma causa adicional e específica de modificação de competência para execução da pena.

O Projeto de Código Modelo, a partir de diversas normas nacionais e internacionais em vigor em grande parte dos Estados Iberoamericanos, estabelece as seguintes condições para a extradição (art. 30): a- estar fundada em tratado ou promessa de reciprocidade; b- ser o fato considerado crime, ainda não prescrito, no Estado requerido e no Estado requerente, e ser punível pela lei de ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, se a extradição tiver por finalidade o cumprimento de pena, o tempo de pena por cumprir não pode ser inferior a seis meses; c- não se revestir o processo ou a condenação no Estado requerente de caráter político ou não ser consequência de considerações racistas, de religião, nacionalidade, ou outra espécie de discriminação, nem existirem razões sérias para supor que o pedido foi efetuado por alguma dessas razões ou que a satisfação do pedido provocaria um prejuízo à pessoa requisitada por qualquer dessas razões; d- não ser o litígio de competência do tribunal do Estado requerido, salvo se, na extradição consentida, se verificar em relação ao Estado requerente uma das condições estabelecidas no art. 25; e- ser o tribunal do Estado requerente internacionalmente competente para o litígio nos termos do disposto no art. 24. Se o crime tiver sido cometido em terceiro Estado, pode exigir-se ainda que a lei do Estado requerido dê competência à sua jurisdição em identidade de circunstâncias ou que o Estado requerente comprove que aquele Estado não reclama a pessoa; f- não haver risco à pessoa requisitada de ser submetida a processo injusto no Estado requerente, sem garantias indispensáveis à salvaguarda dos direitos humanos ou de cumprir pena em condições degradantes ou de vir a ser submetida a tortura ou outro tratamento desumano ou cruel; g- não haver risco à pessoa requisitada, por motivos humanitários que digam respeito à sua idade ou saúde; h- o processo não ter ocorrido no Estado requerente à revelia, quando o acusado não tiver sido encontrado para responder à ação penal, a menos que lhe seja garantida a possibilidade de requerer um novo julgamento e de estar nele presente; i- não haver ofensa a princípios fundamentais do Estado requerido.

No mesmo sentido, determina-se, como condição para a execução da extradição, que o Estado requerente assumo o compromisso de que (art. 31): a- computará o tempo de prisão que, no Estado requerido, foi imposta como consequência da cooperação internacional entre tribunais

jurisdicionais; b- não será o extraditado preso nem processado por fatos anteriores à requisição; c- não será o extraditado entregue a outro Estado que o reclame pelo mesmo fato; d- será garantida a devolução do extraditado, tratando-se de nacional do Estado requerido, para execução da pena que tenha sido ou venha a ser aplicada, salvo se houver recusa expressa dessa pessoa. Registre-se por oportuno que o princípio da dupla incriminação opera tão-somente na extradição, não alcançando as demais espécies de cooperação penal.

PROCEDIMENTOS

Os procedimentos da cooperação interjurisdicional consideram, primeiramente, a natureza – administrativa ou jurisdicional - do ato objeto do intercâmbio; se reclama ou não uma medida jurisdicional perante o Estado requerido e, conseqüentemente, se necessita ou não de um juízo de delibação.

Não reclamando jurisdição ou delibação no Estado requerido, o procedimento da cooperação será o do auxílio mútuo, de natureza voluntária – não contenciosa. Entre tribunais será um procedimento judicial de jurisdição voluntária; nos demais casos, um procedimento administrativo, de acordo com a legislação administrativa do Estado requerido. Trata-se do auxílio mútuo judicial e do auxílio mútuo administrativo (art. 34). Estão compreendidas no procedimento do auxílio mútuo as seguintes modalidades de cooperação (art. 35): 1. citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio; 2. informação sobre direito estrangeiro; 3. informação sobre processo administrativo ou judicial em curso no Estado requerido, salvo no caso de sigilo; 4. investigação conjunta entre autoridades policiais e órgãos de persecução penal, salvo se a medida reclamar jurisdição no Estado requerido, a qual deverá ser objeto de medida judicial de urgência; 5. realização de provas.

Em um segundo plano, exigindo-se jurisdição ou delibação do Estado requerido, os procedimentos – necessariamente contenciosos de cognição exauriente - consideram a quem compete a iniciativa pela cooperação interjurisdicional. Tratando-se de iniciativa direta dos tribunais, adota-se a carta rogatória; porém, quando for a cooperação interjurisdicional de iniciativa e responsabilidade das partes, os procedimentos variam de acordo com a pretensão a ser deduzida no Estado requerido (medida de urgência, ação e incidente de impugnação de decisão estrangeira, execução de decisão estrangeira, extradição). O que distingue basicamente a carta rogatória desses procedimentos diversos é o seu caráter *ex officio*. A carta rogatória compreende a “informação sobre processo administrativo ou judicial” e a “realização de provas” que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido, a “transferência temporária de pessoas”, a “transferência de processo penal e de execução penal”, e a “execução de medidas judiciais de urgência”, decretadas por tribunal do Estado requerente (art. 41).

A lide perante o Estado requerido, de acordo com o sentido da expressão “delibação”, está adstrita aos princípios fundamentais daquele Estado e à observância das normas sobre competência internacional. Isto não significa exatamente que o tribunal do Estado requerido não adentre no mérito da decisão estrangeira, porém somente o fará na proporção em que for necessário à luz dos princípios fundamentais do Estado requerido. Lembre-se que o tribunal do Estado requerido não é

uma instância recursal do tribunal do Estado requerente (art. 44, segunda parte), mas negará efeito à decisão que colidir ou à parte da decisão que colidir com seus princípios fundamentais. A possibilidade desse controle judicial deliberatório – sem o qual seguramente haveria ofensa à soberania – está previsto nos procedimentos de carta rogatória (art. 40), ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira (art. 44), execução de decisão estrangeira (art. 49), medida judicial de urgência (arts. 16, II, e 51) e extradição (art. 52).

Nos procedimentos de extradição, de execução de decisão estrangeira e de medida judicial de urgência, o tribunal do Estado requerido é instado a manifestar-se prévia e sumariamente para que a decisão estrangeira seja considerada, sem prejuízo de uma fase de cognição exauriente *a posteriori* (arts. 49, segunda parte, 51, primeira parte, e 52). Não se promove a citação no procedimento de execução sem que antes o tribunal profira uma decisão equivalente a um ato declaratório de executoriedade; da mesma forma, não se decreta a prisão preventiva do extraditando nem se concede uma medida de urgência sem que haja um juízo deliberatório prévio e sumário. Não obstante, conforme previsto no parágrafo único do art. 51, o juiz poderá conhecer a medida de urgência sem escutar a parte contrária e, neste caso, o contraditório se realizará posteriormente. No procedimento de carta rogatória e de ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira, o juízo de delibação é de cognição exauriente e sempre *a posteriori* ao início dos efeitos da decisão estrangeira (arts. 39 e 43).

O Projeto de Código Modelo afasta-se da competência concentrada em um único tribunal do Estado requerido para exercer o juízo de delibação; adota-se o critério de competência difusa, entre os tribunais que seriam competentes para decidir a questão de fundo, de acordo com as normas de competência em vigor no Estado requerido. Além de tornar mais célere o processamento, unificando perante o mesmo tribunal a competência para a delibação e execução da decisão estrangeira, propicia um grau de qualidade da jurisdição na medida em que entrega o feito a um tribunal especializado. Essa regra é adotada para o procedimento de carta rogatória (art. 38, § 2º), ação e incidente de impugnação da eficácia da decisão estrangeira (arts. 42, parágrafo único, e 46, parágrafo único), execução de decisão estrangeira (art. 48) e medida judicial de urgência (art. 50). A exceção fica por conta da extradição, que deverá ser decidida por um único tribunal do Estado requerido, sem que haja a possibilidade de a autoridade central ou outro órgão impedir ou obstar o processamento ou execução, da mesma maneira que ocorre nas demais modalidades de cooperação (art. 2º, VII).

Os procedimentos de auxílio mútuo e de carta rogatória – ambos de iniciativa de tribunais ou órgãos administrativos – quando a cargo no Estado requerido, também devem ser processados e executados com brevidade, nos termos do art. 56.

Quanto à denominação “ação e incidente de impugnação da eficácia da decisão estrangeira”, o Código Modelo não se refere a “reconhecimento” de decisão estrangeira; mas à “impugnação da eficácia”, partindo da premissa de que as decisões estrangeiras surtem efeito automático no território de outro Estado e não dependem de reconhecimento prévio. Na verdade, corrige-se uma contradição existente no Regulamento (CE) 44/2001. Logo, o que eventualmente será discutido judicialmente é a impugnação dos efeitos automáticos da decisão estrangeira. Essa impugnação

pode ser apresentada por via direta ou incidental. A legitimidade *ad causam* para a ação de impugnação será daquele que se sentir prejudicado com os efeitos automáticos da decisão estrangeira; não somente as partes envolvidas no litígio originário, mas também todos os que, direta ou indiretamente, se sentirem prejudicados pelos efeitos da decisão estrangeira no Estado requerido (arts. 42, 46 e 47). A propósito, será no incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira que se decidirá sobre coisa julgada estrangeira (art. 46) e litispendência internacional (art. 47). A retroatividade dos efeitos da decisão que acolhe a impugnação, prevista no art. 45, é consequência natural da eficácia das decisões estrangeiras independerem de um reconhecimento prévio. A incompatibilidade entre a decisão estrangeira e a ordem pública existe, naturalmente, desde o início da sua eficácia no Estado requerido. Com isto, o reconhecimento desta incompatibilidade terá efeito retroativo.

A propósito da extradição, os fundamentos que a justificam são os mesmos que autorizam a prisão preventiva, preparatória ou incidental, porém perante a ordem jurídica do Estado requerente. Não se exige que a prisão preventiva seja necessária à instrução do processo de extradição passiva, pois a prisão é da essência deste; a prisão deve ser necessária no processo que corre no Estado requerente, segundo os pressupostos de prisão preventiva compatíveis com os princípios fundamentais do Estado requerido. Em outras palavras, deferir a prisão preventiva do extraditando é o mesmo que reconhecer, provisoriamente, a procedência do pedido de extradição. Daí a necessidade, tal como imposto pelo art. 54, da decisão de prisão ser fundamentada. A natureza jurídica da prisão preventiva no processo de extradição é de medida de urgência que, contudo, não autoriza a entrega do extraditando ao Estado requerente, porque aí se geraria uma situação material e processualmente irreversível.

São essas as linhas gerais do Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica que submetemos à apreciação desse Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Estamos convencidos de que o Projeto de Código Modelo constituirá uma ferramenta poderosa no processo de reforma legislativa dos sistemas nacionais Iberoamericanos de cooperação interjurisdicional, por reunir princípios e regras atuais e modernas, capazes de orientar o legislador de cada país na elaboração de leis nacionais.

Lima, 15 de outubro de 2008

A COMISSÃO REVISORA

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Presidente

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

Secretário Geral

ABEL AUGUSTO ZAMORANO

ANGEL LANDONI SOSA

CARLOS FERREIRA DA SILVA

EDUARDO VESCOVI

JUAN ANTONIO ROBLES GARZÓN

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

ROBERTO OMAR BERIZONCE

CAPÍTULO I

PARTE GERAL

Art. 1.- Âmbito de aplicação.

Este Código dispõe sobre a cooperação entre Tribunais, órgãos administrativos, órgãos administrativos e tribunais de Estados diversos, com o objetivo de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional transnacional.

Art. 2.- Princípios gerais.

A cooperação interjurisdicional de que trata este Código está sujeita aos seguintes princípios:

I. cláusula da ordem pública internacional: não será admitida a cooperação que se refira a atos contrários aos princípios fundamentais do Estado requerido ou que seja suscetível de conduzir a um resultado incompatível com esses princípios;

II. respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

III. igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não, tanto no acesso aos tribunais quanto na tramitação dos processos nos Estados requerente e requerido, assegurando-se a gratuidade de justiça aos necessitados;

IV. não-dependência da reciprocidade de tratamento, salvo previsão expressa neste Código;

V. publicidade processual, exceto nos casos de sigilo previstos na lei do Estado requerente ou do Estado requerido;

VI- tradução e forma livres para os atos e documentos necessários à prestação jurisdicional transnacional, incluindo-se os meios eletrônicos e videoconferência;

VII. existência de uma autoridade central para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, ressalvada a convalidação da recepção ou transmissão que não tenham sido perante essa autoridade;

VIII- espontaneidade na transmissão de informações a autoridades do Estado requerente.

CAPÍTULO II

COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL

SEÇÃO I

CONCEITO E ALCANCE DA COOPERAÇÃO CIVIL

Art. 3.- Âmbito e modalidades de cooperação em matéria civil.

Esta Seção dispõe sobre a cooperação em matéria civil, que compreende a civil propriamente dita, a comercial ou mercantil, a de família, a do trabalho, a da previdência social, a tributária, a financeira e a administrativa.

Parágrafo único. São modalidades desta cooperação interjurisdicional:

I- citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;

II- realização de provas e obtenção de informações;

III- eficácia e execução de decisão estrangeira;

IV- medida judicial de urgência.

SEÇÃO II

CITAÇÃO, INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO

Art. 4.- Pressupostos da comunicação.

A citação, intimação e notificação, que não sejam pelo correio, dependem da possibilidade de o processo em curso no Estado requerente estar em condições de ensejar sentença que seja eficaz no Estado requerido.

SEÇÃO III

REALIZAÇÃO DE PROVAS E OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES

Art. 5.- A licitude como pressuposto de admissão da prova.

Serão admitidos, na cooperação interjurisdicional, todos os meios de prova obtidos licitamente, observada a condição estabelecida no artigo anterior.

Parágrafo único. É admitida a prova por videoconferência.

Art. 6.- Intercâmbio de informações.

Será admitido o intercâmbio de informações:

I- sobre o direito estrangeiro;

II- acerca da existência de infrações penais;

III- a respeito do andamento de processo administrativo ou judiciais e das decisões neles proferidas, salvo os casos de sigilo.

Parágrafo único. Não necessitam de tradução os documentos que podem ser compreendidos, presumindo-se autênticos, salvo prova em contrário, os documentos tramitados por meio de autoridades centrais ou por via diplomática.

SEÇÃO IV

COMPETÊNCIA E LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL

Art. 7.- Competência internacional concorrente.

Possui competência internacional concorrente o tribunal do Estado:

I- em cujo território tiver domicílio o demandado ou tiver ocorrido o fato;

II- cuja lei regule o fato de acordo com suas normas de conflito;

III- com o qual o litígio tenha vínculo efetivo capaz de assegurar um processo justo.

§ 1º - É facultada a submissão expressa (eleição de foro) ou tácita a tribunais de um dos Estados que seja concorrentemente competente, de acordo com os incisos anteriores, ou ainda nos casos em que for demonstrada a impossibilidade ou ineficácia de acesso a outro tribunal estrangeiro.

§2º. Tratando-se de imunidade de jurisdição, a competência dependerá ainda de submissão expressa ou tácita do Estado demandado.

§3º. Considera-se submissão tácita o comportamento do demandado que demonstre inequivocamente aquiescência com a competência do tribunal do Estado indicado.

Art. 8.- Competência internacional com caráter excludente.

Possui competência internacional, com exclusão de qualquer outro, o tribunal do Estado:

I- em cujo território estiver situado o imóvel, nas causas de direito real imobiliário, ou estejam localizados os bens hereditários registráveis e transmitidos por sucessão;

II- do local da execução, na execução de decisões.

Art. 9.- Litispendência e conexão.

Quando, no curso do processo, se verificar a prévia pendência, em outro Estado, perante tribunal internacionalmente competente, de demanda entre as mesmas partes, com iguais pedido e causa de pedir, ou que seja capaz de levar a decisões incompatíveis, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, suspenderá o processo, por prazo razoável ou até a comprovação da coisa julgada, desde que a decisão no Estado estrangeiro possa produzir eficácia extraterritorial.

SEÇÃO V

EFICÁCIA DA DECISÃO ESTRANGEIRA

Art. 10.- Efeito automático da decisão estrangeira.

Os efeitos da decisão estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio.

Art. 11.- Requisitos para a eficácia da decisão estrangeira.

A eficácia da decisão judicial estrangeira no Estado requerido dependerá da observância dos seguintes requisitos:

I- não ser incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido.

II- haver sido proferida em processo em que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal;

III- haver sido proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras do Estado requerido ou as estabelecidas na Seção IV precedente;

IV- não estar pendente de recurso recebido no efeito suspensivo;

V- não ser incompatível com outra decisão proferida, no Estado requerido, em ação idêntica ou, em outro Estado, em processo idêntico que reúna as condições para ter eficácia no Estado requerido.

Parágrafo único. A eficácia da decisão estrangeira poderá ser aferida de ofício, pelo juiz, em um processo em curso, observado o contraditório, ou mediante impugnação, nos termos dos artigos 42 a 47.

SEÇÃO VI

EXECUÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA

Art. 12.- Execução.

A execução de decisão estrangeira está sujeita à observância dos requisitos previstos no artigo anterior.

Art. 13.- Requisito para a execução de medida judicial de urgência.

A execução de decisão de uma medida judicial de urgência, decretada por tribunal do Estado requerente, depende de o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, estar em condições de ensejar uma decisão que reúna os requisitos para ter eficácia no Estado requerido.

Art. 14.- Provisoriedade da execução de decisão estrangeira não transitada em julgado.

Não havendo coisa julgada, a execução da decisão judicial será provisória, facultada a exigência de caução.

SEÇÃO VII

MEDIDA JUDICIAL DE URGÊNCIA

Art. 15.- Adoção de medida judicial de urgência por tribunal do Estado requerido.

É cabível o aforamento de medida judicial de urgência, conservativa ou antecipatória, perante tribunal do Estado requerido, ainda que a questão de fundo seja da competência de tribunal de outro Estado.

Art. 16.- Admissibilidade da medida judicial de urgência.

Admite-se a medida judicial de urgência nos seguintes casos:

I- ser impossível ou ineficaz o seu aforamento perante tribunal do Estado competente para conhecer a questão de fundo;

II- estar o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, em condições de ensejar uma decisão que tenha eficácia no Estado requerido.

Art. 17.- Aplicação de normas processuais internas do estado requerido.

A concessão da medida judicial de urgência no Estado requerido obedecerá aos requisitos previstos em suas normas processuais, podendo ser deferida liminarmente ou após ouvir a parte contrária.

Art. 18.- Eficácia da medida judicial de urgência.

A eficácia da medida judicial de urgência estará condicionada ao advento, em tempo razoável, de decisão final no processo principal.

CAPÍTULO III

COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL EM MATÉRIA PENAL

SEÇÃO I

CONCEITO E ALCANCE DA COOPERAÇÃO PENAL

Art. 19.- Âmbito da cooperação interjurisdicional penal.

São modalidades de cooperação interjurisdicional em matéria penal:

- I- citação, intimação e notificação judicial;
- II- realização de provas e obtenção de informações;
- III- investigação conjunta;
- IV- comparecimento temporário de pessoas;
- V- transferência de processo e de execução penal;
- VI- eficácia e execução de decisão penal estrangeira;
- VII- extradição;
- VIII- medida judicial penal de urgência.

Parágrafo único. Aplicam-se às modalidades de cooperação constantes dos incisos anteriores, salvo as dos incisos “V”, “VI” e “VII”, as disposições do Capítulo II, no que forem compatíveis.

SEÇÃO II

INVESTIGAÇÃO CONJUNTA

Art. 20.- Cooperação na investigação penal.

As autoridades policiais e os órgãos de persecução penal de Estados diversos, contando com as autorizações prévias pertinentes, podem criar, de comum acordo, uma equipe de investigação conjunta para um objetivo específico e por prazo determinado, para efetuar investigações penais no território dos Estados que a criaram.

Art. 21.- Justificação da investigação comum.

São fundamentos da investigação conjunta:

I- necessidade de realização de investigações difíceis e complexas com implicações em outros Estados;

II- necessidade de ação coordenada nos Estados envolvidos.

SEÇÃO III

COMPARECIMENTO TEMPORÁRIO DE PESSOAS

Art. 22.- Comparecimento temporário.

Poderá ser solicitado o comparecimento de pessoas no Estado requerente, presas ou não, com o objetivo de permitir a prática de atos processuais, quando a solicitação se fundar em tratado ou promessa de reciprocidade e quando a presença da pessoa transferida for dispensável no processo em curso no Estado requerido.

§1º- O comparecimento de pessoas perante o Estado requerente, na condição de vítima, testemunha, perito ou acusado, dependerá do seu consentimento.

§2º- O comparecimento no Estado requerente de pessoa presa no Estado requerido somente será concedido, se houver compromisso do Estado requerente em mantê-la presa durante o tempo em que permanecer sob sua custódia.

§3º- O Estado requerente assumirá a obrigação de promover o retorno de pessoa transferida no prazo assinalado pelo Estado requerido.

Art. 23.- Compromissos do Estado requerente.

O comparecimento de pessoas no Estado requerente somente será autorizado se houver compromisso deste de não submeter a pessoa a prisão, medida de segurança ou outras medidas

restritivas de liberdade ou de direito, por fatos anteriores à sua saída do Estado requerido, diferentes dos que motivaram o pedido de cooperação.

SEÇÃO IV

COMPETÊNCIA PENAL INTERNACIONAL

Art. 24.- Critérios de competência penal internacional.

Tem competência penal internacional o tribunal do Estado:

I- cuja lei penal seja aplicável ao ilícito;

II- em cujo território houver ocorrido o ilícito;

III- que não seja o do local do ilícito ou o da lei aplicável a esse ilícito, desde que haja falta , negativa ou impossibilidade de extradição fundada no artigo 30, I, IV, VI, VII e VIII, e no art 31.

SEÇÃO V

TRANSFERÊNCIA DE PROCESSO E DE EXECUÇÃO PENAL

Art. 25.- Requisitos para a transferência do processo de conhecimento e de execução penal.

A competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado, pode ser transferida a outro Estado, considerado requerido, se observada uma das seguintes condições:

I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas;

II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido;

III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida;

IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução;

V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.

Parágrafo único. Ainda que se verifique uma das condições previstas nos incisos I, III, IV e V, não haverá lugar à transferência para o Estado requerido se houver razões para crer que a mesma não favorece a reintegração social do acusado ou condenado.

Art. 26.- Compromisso do Estado requerido de não agravar a pena.

A transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido de que não haverá agravamento da pena.

SEÇÃO VI

EFICÁCIA E EXECUÇÃO DE DECISÃO PENAL ESTRANGEIRA

Art. 27.- Efeitos automáticos de pronunciamentos de natureza patrimonial.

Sem prejuízo do disposto nos artigos 28 e 29, os efeitos civis e penais de caráter patrimonial de decisão penal estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio

Art. 28.- Requisitos de eficácia.

A eficácia da decisão penal estrangeira está sujeita aos requisitos previstos no artigo 11 e nos incisos do artigo 30, no que couberem.

Art. 29.- Requisitos da execução.

A execução de decisão penal estrangeira e de medida judicial penal de urgência, decretada por tribunal do Estado requerente, com efeito civil ou penal de caráter patrimonial, está sujeita às regras dos artigos 12 a 18.

SEÇÃO VII

EXTRADIÇÃO

Art. 30.- Condições da extradição.

A eficácia de decisão penal estrangeira restritiva de liberdade, para os fins de entrega ao Estado requerente, depende do reconhecimento prévio perante tribunal do Estado requerido e da observância das seguintes condições:

I- estar fundada em tratado ou promessa de reciprocidade;

II- ser o fato considerado crime, ainda não prescrito, no Estado requerido e no Estado requerente, e ser punível pelas leis de ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, se a extradição tiver por finalidade o cumprimento de pena, o tempo de pena por cumprir não ser inferior a seis meses;

III- não se revestir o processo ou a condenação no Estado requerente de caráter político ou não ser consequência de considerações racistas, de religião, nacionalidade ou outra espécie de discriminação, nem existirem razões sérias para supor que o pedido foi efetuado por alguma dessas razões ou que a satisfação do pedido provocaria um prejuízo à pessoa requisitada por qualquer dessas razões;

IV- não ser o litígio de competência de tribunal do Estado requerido, salvo se, na extradição consentida, se verificar em relação ao Estado requerente uma das condições estabelecidas no artigo 25;

V- ser o tribunal do Estado requerente internacionalmente competente para o litígio nos termos do disposto no artigo 24. Se o crime tiver sido cometido em terceiro Estado, pode exigir-se ainda que a lei do Estado requerido dê competência à sua jurisdição em identidade de circunstâncias ou que o Estado requerente comprove que aquele Estado não reclama a pessoa;

VI- não haver risco à pessoa requisitada de ser submetida a processo injusto no Estado requerente, sem garantias indispensáveis à salvaguarda dos direitos humanos ou de cumprir pena em condições degradantes ou de vir a ser submetida a tortura ou outro tratamento desumano ou cruel;

VII- não haver risco à pessoa requisitada, por motivos humanitários que digam respeito à sua idade ou saúde;

VIII- o processo não ter corrido no Estado requerente à revelia, quando o acusado não tiver sido encontrado para responder à ação penal, a menos que lhe seja garantida a possibilidade de requerer um novo julgamento e de estar presente nele presente;

IX- não haver ofensa a princípios fundamentais do Estado requerido.

Art. 31.- Compromissos do Estado requerente.

A execução da decisão de extradição depende de compromisso do Estado requerente de que:

I- computará o tempo de prisão que, no Estado requerido, foi imposta como consequência da cooperação internacional entre tribunais jurisdicionais;

II- não será o extraditado preso nem processado por fatos anteriores à requisição;

III- não será o extraditado entregue a outro Estado que o reclame pelo mesmo fato;

IV- será garantida a devolução do extraditado, tratando-se de nacional do Estado requerido, para execução da pena que tenha sido ou venha a ser aplicada, salvo se houver recusa expressa dessa pessoa.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMENTOS DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL

SEÇÃO I

AUXÍLIO MÚTUO

Art. 32.- Conceito e extensão.

Entende-se por auxílio mútuo:

I- o procedimento destinado à cooperação entre órgãos administrativos de Estados diversos, no intercâmbio de atos ou diligências que objetivem prestação jurisdicional perante o Estado requerente;

II- a cooperação entre órgãos administrativos e tribunais, ou entre tribunais, de Estados diversos, no intercâmbio de atos ou diligências que não reclamem jurisdição ou não detenham natureza jurisdicional no Estado requerido.

Art. 33.- Via direta entre órgãos interessados.

A solicitação de auxílio mútuo poderá ser encaminhada, pelo órgão ou tribunal interessado, diretamente àquele que for responsável pelo seu atendimento, competindo-lhe, ainda, assegurar sua autenticidade e compreensão, no Estado requerido e no Estado requerente.

Parágrafo único. São facultados o registro e encaminhamento da solicitação ao órgão ou tribunal competente do Estado requerido por uma autoridade central.

Art. 34.- Procedimentos do auxílio.

O procedimento do auxílio mútuo, quando envolver unicamente tribunais, é denominado auxílio mútuo judicial e está sujeito ao procedimento de jurisdição voluntária, de acordo com as normas processuais do Estado requerido; os demais, denominados auxílio mútuo administrativo, estarão sujeitos a procedimentos da legislação administrativa.

Art. 35.- Modalidades admitidas de auxílio.

É admissível o auxílio mútuo nas seguintes modalidades de cooperação:

I- citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio;

II- informação sobre direito estrangeiro;

III- informação sobre processo administrativo ou judicial em curso no Estado requerido, salvo no caso de sigilo;

IV- investigação conjunta entre autoridades policiais e órgãos de persecução penal, salvo se a medida reclamar jurisdição no Estado requerido, a qual deverá ser objeto de medida judicial de urgência;

V- realização de provas.

Art. 36.- Normativa do Estado requerido.

O tribunal ou órgão administrativo requerido executarão o pedido de acordo com a legislação do Estado a que pertencem.

Parágrafo único. Poderão, porém, a pedido do Estado requerente, adotar um procedimento especial previsto pela legislação desse Estado a menos que tal procedimento contrarie a ordem pública do Estado requerido ou ocorram relevantes dificuldades de ordem prática na sua execução.

SEÇÃO II

CARTA ROGATÓRIA

Art. 37.- Conceito e alcance.

Entende-se por carta rogatória o pedido de cooperação entre tribunais de Estados diversos, no intercâmbio de atos de impulso processual e caráter executório, que reclamem jurisdição ou detenham natureza jurisdicional no Estado requerido, considerados essenciais à medida decretada, de ofício ou por provocação das partes, pelo tribunal do Estado requerente, em incidente processual próprio.

Art. 38.- Sujeitos legitimados e formas de remessa.

A carta rogatória poderá ser encaminhada pelo tribunal interessado diretamente àquele que for responsável pelo seu cumprimento, competindo-lhe, ainda, assegurar sua autenticidade e compreensão, no Estado requerido e no Estado requerente.

§1º. Aplica-se à carta rogatória o disposto no parágrafo único do artigo 33.

§2º. O tribunal competente do Estado requerido será o mesmo para aferir a eficácia e executar o ato estrangeiro objeto da carta rogatória, observadas as regras de competência interna que seriam aplicáveis à questão de fundo caso fosse o tribunal do Estado requerido originariamente competente.

Art. 39.- Tramitação da carta rogatória.

O procedimento da carta rogatória perante o tribunal do Estado requerido é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal, podendo o contraditório ser diferido em razão da urgência.

Art. 40.- Limites à defesa.

A defesa estará adstrita à observância dos requisitos previstos no artigo 11, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 41.- Modalidades admissíveis de carta rogatória.

É admissível a carta rogatória nas seguintes modalidades de cooperação:

I- informação sobre processo administrativo ou judicial e realização de provas que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido;

II- transferência temporária de pessoas;

III- transferência de processo penal e de execução penal;

IV- execução de medidas judiciais de urgência, decretadas por tribunal do Estado requerente.

SEÇÃO III

AÇÃO E INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DA EFICÁCIA DE DECISÃO ESTRANGEIRA

Art. 42.- Legitimação ativa para o exercício da ação de impugnação.

A ação de impugnação da eficácia de decisão estrangeira será proposta por aquele que tenha interesse jurídico no afastamento de seus efeitos no Estado requerido.

Parágrafo único. A ação de impugnação é de competência do tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para decidir a questão de fundo.

Art. 43.- Garantias do devido processo.

O procedimento da presente ação, de jurisdição contenciosa, assegurará às partes as garantias do devido processo legal.

Art. 44.- Motivos para o exercício da ação de impugnação.

A impugnação estará adstrita à observância dos requisitos previstos no artigo 11, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 45.- Efeitos retroativos da decisão sobre a ação.

Os efeitos da decisão que acolher a impugnação retroagirão à data do início de sua eficácia no Estado requerido.

Art. 46.- Incidente sobre coisa julgada estrangeira.

Observado o disposto nos artigos 42 a 44, cabe incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira sempre que, invocada por uma das partes a coisa julgada estrangeira, a outra, ou o terceiro juridicamente interessado, quiser discutir a observância dos requisitos previstos no artigo 11.

Parágrafo único. Compete ao tribunal do processo principal processar e julgar o incidente de impugnação.

Art. 47.- Legitimação passiva no incidente de impugnação.

O incidente de impugnação poderá ser instaurado em face daquele que for favorecido pela litispendência internacional.

SEÇÃO IV

PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA

Art. 48.- Competência para executar uma decisão estrangeira.

A execução de decisão estrangeira será proposta perante o tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para executar o título.

Art. 49.- Causas de oposição à execução.

É facultado ao executado discutir a existência dos requisitos previstos nos artigos 11, 16, 17 e 18, observadas as garantias do devido processo legal.

SEÇÃO V

PROCEDIMENTO DE MEDIDA JUDICIAL DE URGÊNCIA

Art. 50.- Competência para a adoção de uma medida judicial de urgência.

A medida judicial de urgência, no interesse de processo em curso ou futuro no Estado requerente, será proposta perante o tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para decidir a questão de fundo.

Art. 51.- Causas de oposição à adoção da medida.

É facultado ao demandado discutir os requisitos para o cabimento da medida de urgência em procedimento incidental, observadas as garantias do devido processo legal.

Parágrafo único. O juiz poderá conceder a medida de urgência sem ouvir a parte contrária, caso em que o contraditório previsto no caput deste artigo será posterior.

SEÇÃO VI

PROCEDIMENTO DE EXTRADIÇÃO

Art. 52.- Garantia do devido processo no procedimento de extradição.

A extradição está sujeita a procedimento de jurisdição contenciosa em que sejam asseguradas as garantias do devido processo legal.

Art. 53.- Motivos de oposição.

A defesa estará adstrita aos requisitos previstos nos artigos 30 e 31, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 54.- Condição para a efetividade da ordem de detenção e entrega.

A ordem de prisão preventiva preparatória ou incidental será fundamentada, vedada a entrega enquanto não houver decisão final da extradição.

Art. 55.- Comunicação da decisão do Estado requerido sobre a solicitação de extradição.

A decisão final relativa à extradição é comunicada de imediato ao Estado requerente devendo essa comunicação, em caso de recusa, conter os fundamentos da mesma.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 56.- Compromisso de celeridade na cooperação.

No que concerne aos procedimentos de auxílio mútuo e carta rogatória e, em geral, sempre que esteja em causa a prática de um ato por parte de tribunal ou órgão administrativo requeridos, estes executarão o pedido do Estado requerente com brevidade.

Parágrafo único. No caso de o pedido não ser satisfeito no prazo de 90 dias, será oferecida justificção para a demora.

Art. 57.- Laudo arbitral estrangeiro.

A execução de laudo arbitral estrangeiro está sujeita às regras dos artigos 12, 48 e 49.

Art. 58.- Reciprocidade em matéria de despesas processuais.

A isenção de custas ou a responsabilidade do Estado requerido pelas despesas processuais dependerão de reciprocidade de tratamento.

O GARANTISMO PROCESSUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS LÍQUIDOS E CERTOS

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

*Doutor em Direito pela UFMG, Professor
Concursado da UFMG (graduação e pós-
graduação) Professor da PUC/MINAS (graduação e
pós-graduação).*

RESUMO:

A retórica da lesão ou ameaça a direitos fundamentais, ainda não implantados, a ser apreciada pelo judiciário gera paradoxo incontornável, porque são tidos como lesados ou ameaçados direitos inexistentes, aumentando a carga estratégica de normas constitucionais atinentes a direitos constitucionalmente líquidos e certos quando interpretados segundo o princípio hermenêutico da reserva do possível, portanto em descarte explícito ao paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Palavras Chaves: direito líquido e certo, reserva do possível, direitos fundamentais, devido processo.

RÉSUMEN:

És un paradoxo incontornable la retórica gerada por la lesión o amenaza a los derechos fundamentales aún no implantados y a ser apreciados por el judiciário, una vez que supongase lesionados o amenazados derechos inexistentes, así, aumentase la carga estratégica de normas constitucionales atinentes a derechos constitucionalmente líquidos y ciertos cuando interpretados según el principio hermenéutico de la reserva del posible y portanto en descarte explícito a lo paradigma del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Palavras Llaves: derecho líquido y cierto, reserva del posible, derechos fundamentales, debido proceso.

Sumário: 1- O Processo Instituinte do Melhor Argumento; 2- Liquidez e Certeza na Processualidade Constituinte; 3- A Qualidade Executivo-Constitucional de Direitos; 4- A Autoexecutividade dos Atributos de Certeza e Liquidez; 5- O Plano Cognitivo de Acertamento dos Direitos Fundamentais

1- O Processo Instituinte do Melhor Argumento

A impossibilidade *ad hoc* de se retroagir à procedimentalidade estruturante do devido processo instituinte da formação da vontade e liberdade discursivas para obtenção do melhor argumento (HABERMAS, 1997:215) ao tempo da criação e constitucionalização dos direitos fundamentais é que nos remete inexoravelmente à compreensão de legitimidade *a posteriori* da construção constituinte do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2001), porque este é que, por nova concepção teórico-paradigmática, se conceitua como espaço jurídico-hermenêutico de difusa e irrestrita fiscalidade, correição e executividade processuais dos conteúdos constitucionalizados e indeturpáveis da normatividade de aplicação imediata à realização da integração social. Emprega-se aqui a expressão direitos fundamentais no sentido de direitos fundamentados pelo devido processo como discurso do decidir (LEAL, 2002) juridicamente adotado na criação e aplicação de direitos e não como idéia-vontade (*noema*) (LALANDE, 1996: 1282) adquirida no saber instantâneo (*noese*) de uma racionalidade inatamente pressuposta. Por isso, a compreensão da democracia envolve o conhecimento da teoria do processo.

Nessa quadra jurídica, em que o direito democrático se enuncia por uma autopermissão de fiscalidade processual como traço diferenciador de um direito liberal de aplicação heterônoma (produtor-consumidor) ou ofertado a uma razão eficaz (instrumental ou estratégica) do pragmatismo social extra-sistêmico de uma jurisprudência de valores, acolhe-se, como matéria inafastável de apreciação judicial, lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Entretanto, é de se esclarecer que, para que haja lesão ou ameaça, o pressuposto é o da pré-existência de *direitos fundamentais* já acertados por uma liquidez e certeza processualmente decididos nas bases constituintes a legitimarem executividade incondicionada.

Estranha-se, portanto, que direitos já acertados por uma liquidez e certeza processualmente pré-decidas em bases procedimentais constituintes sejam ainda submetidos a uma judicância pleonástica e garantista (ações afirmativas) centrada na razão estratégica decisória de um combate entre litigantes. A recusa judicial da concreção dos direitos fundamentais pelo artifício do acesso a uma justiça rápida, por justas e prodigiosas tutelas judiciais (atividades dos juízes) de urgência resolutive de conflitos resultantes do vazio da fundamentalidade jurídica esquecida, traz embaraços à compreensão do que seja lesão ou ameaça a direitos fundamentais não implementados de vida, liberdade e dignidade na teoria do direito democrático.

Também, à compreensão da teoria democrática do direito, em nada adiantaria sustentar um garantismo por um Estado Constitucional de Direito, como quer Ferrajoli (1997: 89-109), que resolvesse antinomias e lacunas fatais do ordenamento jurídico por um juiz monológico e portador de uma interpretação portentosa e reparadora de “injustiças sofridas” (1997: 111) em face de alegados defeitos inatos da lei ou extintiva de uma opinião pública hostil ao discurso democrático-constitucional só acessível a um intérprete especialíssimo e julgador neutro e independente que

exercesse a “função de averiguação, segundo as garantias de um processo justo, da verdade processual” (1997: 102). Nenhuma garantia, na concepção democrática, é assegurada na significância pragmático-linguística do decisor solitário e asséptico.

2- Liquidez e Certeza na Processualidade Constituinte

O inconformismo acadêmico que leva ao desprezo a democracia por entendê-la inatingível em suas propostas de realização dos direitos fundamentais decorre, nas sociedades complexas que marcam a modernidade, da resistência pedagógica inibidora do salto qualitativo para a filosofia da linguagem. É óbvio que enquanto perdurar, por uma jurisprudência de eruditos, a filiação proselitista a uma dogmática solitária e taumaturga de salvação do direito pelo decisor, é mesmo impensável esperar de um intérprete-julgador, ainda não convencido do esgotamento do paradigma da filosofia da consciência, a teorização de um espaço processualizado de autoincluência, legitimado a todos, ao exercício de direitos líquidos e certos já acertados no plano constituinte originário.

Suplica-se, por isso, distinguir, em direito democrático, o que sejam normas de aplicação imediata, porque produzidas no plano da processualidade constituinte e entregues a uma fiscalidade processual ampla (controle irrestrito de constitucionalidade) e asseguradora dos direitos instituídos, daquelas que, mesmo tendo origem e critérios idênticos de produção, reclamam accertamentos cognitivos no plano *in – fieri* (operacional) da exigibilidade do ordenamento jurídico.

Se as normas de aplicação imediata, no âmbito da teoria constituinte da democracia, institucionalizam direitos fundamentais, há de se indagar dos critérios de construção de fundamentos que possam conceituar um direito caracterizador da democracia para que não se fale em “direitos humanos” (HÖFFE, 1991) como se fundamentais se anunciassem numa concepção pré-estatal performativa à busca de origens numa ordem natural ou racional pressuposta e estranha ao *medium* dialógico de procedimentalidade processual legitimante de sua criação e constitucionalização.

A expressão Estado Democrático é que, no contexto das cogitações feitas, não pode mais significar instituição inesclarecida e agente fantasmal de direitos legislados ou adotados numa ordem jurídica qualquer, sequer pode esse Estado se jactar como recinto axiológico de uma decidibilidade governativa, administrativa e judiciária, comprometida com uma pauta de valores não juridificados e não processualmente dada à fiscalidade irrestrita. No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os segmentos da Comunidade Jurídica cuja proposta constitucional é sua transformação em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei.

A liquidez dos direitos fundamentais, no plano constituinte-democrático, expurga um *non-liquet* (LARENZ, 1997: 414) (anomia) que pudesse exigir uma decisão declaratória-constitutiva acessória, porque a formação da vontade instituinte desses direitos constitucionalizados, em tendo sido demarcada pelos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, se habilita à criação de fundamentos (autoprivação de liberdades diferenciadas) pelos quais, por liberdades simétricas processualmente exercidas de modo ilocucionário (igualdade de momentos de fala), é constituído o direito a essa liberdade igual que, a seu turno, se radica na corporalização teórica de igual direito à vida com liberdade, afastando a individualidade biológica para cuja sobrevivência não se exigiria um mundo político-normativo e feitor de dignidade advinda de liberdade processual de autoinclusão sistêmica e de fruição com simultânea fiscalidade dos direitos fundamentais.

3- A Qualidade Executivo-Constitucional de Direitos

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de lesões ou ameaças após efetivamente concretizados *ex-officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (devido processo legal) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável.

Assim, a constitucionalidade democraticamente cartularizada equivale a um título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de liquidez e certeza, se lança à imediata satisfação como devido *a priori* pela Administração Governativa, porque, se não adredemente executados os direitos titularizados pela constitucionalização, não há falar em lesão ou ameaça a direitos fundamentais do nada que pedisse reparos ou socorro por tutelas de urgência de um judiciário mesmo que prestimoso e sutil.

O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a liquidez e certeza desses direitos reclamam execução ininterrupta de mérito pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigente. É óbvio que qualquer instituto procedimental à garantia desses direitos, em hipótese de lesão ou ameaça, seria inócuo e fantasioso se não antes adimplidos, para todos igualmente, como requisito de tutela jurídica, em grau liminar antecipado ou não, de conhecimento e acolhimento do objeto mediato do pedido mandamental.

É por isso que o mandado de segurança (liquidez e certeza) só é instituto de características democráticas quando, especialmente, se põe como ação (procedimento) constitucional de execução dos direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade, ante a ilegalidade da inadimplência dos

agentes da Administração Governativa e não de proteção a direitos individuais, em face de outrem, sem origens nas bases já implementadas dos direitos fundamentais.

Afiguram-se de importância significativa a liquidez e certeza dos direitos fundamentais da vida, liberdade e dignidade, na linha constituinte de sua construção, porque a lei constitucional, nesse passo, é provimento de mérito não rescindível ou afastável por juízos cognitivos ou de conveniência ou equidade da decidibilidade judicial, cabendo a esta tão-somente cumprir e conduzir a execução dessa fundamentalidade jurídica titularizada ou protegê-la de ilegalidades supervenientes. Com efeito, a qualidade de liquidez e certeza, ao se liberar de conotações comercialistas, é asseguradora de presentificação contínua, em âmbito constitucional, de procedibilidade vinculante de mérito pré-decidido no nível constituinte pelos direitos fundantes (devido processo instituinte) da base conceptiva da democracia.

O comprometimento sintático-discursivo dos conceitos jurídicos de certeza e liquidez com os direitos fundamentais é que legitima o atendimento tutelar *in limine litis* no direito democrático quando se destina à sumarização da *executio* em face da inadimplência dos agentes diretos e indiretos da Administração Governativa (ainda mitificada em vestes de poder público) quanto a direitos já integralmente acertados, por coisa julgada constituinte, em título executivo constitucional (provimento legislativo constitutivo) que impõe certeza plena (direito não cambiável) pelo seu aspecto *an-debeatur* e liquidez absoluta pela vedação de inexecuibilidade do dispositivo provimental do título jurídico-político-constitucional.

4- A Autoexecutividade dos Atributos de Certeza e Liquidez

A decisão judicial determinante (mandamental) ou protetora desses direitos é autoexecutiva de certeza e liquidez advindas do título constituído pelo legislador constituinte. A menção de direitos líquidos e certos, ensejadores de tutelas de urgência na democracia, não é reconhecida, como preconiza Nelson Nery Júnior (2001: 144), em nome de “*interesse superior de justiça*” ou da eficácia da “*atividade jurisdicional*”, mas porque já pré-decididos no plano constituinte como direitos fundamentais que, uma vez pleiteados em bases pré-cógnitas e inequívocas da estrutura de admissibilidade das ações constitucionais, exigem execução judicial nos Estados Democráticos de Direito.

Mostra-se inquietante o volume de litígios que tanto assusta um Judiciário hostil à tematização da modernidade. O crescimento incontido dos fossos de desigualdade social e a fúria beligerante pela sobrevivência explicam-se pelo reforço hermenêutico que o aplicador da lei empresta à realidade contraposta aos conteúdos dos direitos fundamentais desatendidos no plano executivo da constitucionalidade vigorante. Utiliza-se o processo como instrumento mórbido de uma jurisdição judicial de resolução de conflitos emersos da constitucionalidade não cumprida a serviço de uma paz sistêmica meta-jurídica sentencialmente provimentada em critérios

jurisprudenciados por valores de uma eticidade estranha (DWORKIN, 1999) aos destinatários normativos a quem se nega o acesso processual à execução dos direitos fundamentais já acertados em cognição constituinte.

A mobilidade instrumental de um processo (CITTADINO, 2000: 129-139), que ponha a jurisdição a serviço de uma paz social obtida pelo “prudente arbítrio” (LARENZ, 1997: 311) do juiz, além de espancar a cognição pela *ratio* do princípio da reserva legal, desmonta o discurso constitucional em seu eixo de legitimidade exercível no *status* (espaço) democrático (discursivo) da processualidade (direito) pela atividade correicional da legalidade. A concreção dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, não se faz *secundum conscientiam* do julgador sensível ou filantropo, porque já se encontra assegurada na processualidade instituinte e constituinte a impor realização que dispensa procedimentos liquidatórios por cálculos de conveniência ou equidade a serem formulados ou exigidos pelo aplicador jurídico.

Os que defendem, por apego nostálgico a um constitucionalismo do *laissez-faire* ou do *welfare state*, a proibição do *non liquet* a justificar uma compulsoriedade decisória irreversível, mesmo na ausência de normas, aferem liquidez e certeza pela afirmação de incontestabilidade do direito (*jurisdiction de référé*) (BARBI, 2000: 83) sem apontar, no entanto, a origem dessa arraigada convicção e, nessa conjectura, certeza e liquidez do direito não se legitimam pela decisão ocorrida na dimensão do processo constituinte instituidor da normatividade positivada e suscetível de fiscalidade procedimental pelo devido processo legal, mas se louvam na razão imediata de um guia seguro por idéias de inequivocidade cogitada em níveis de privilegiada evidência (MARINONI, 1992: 26 e 58).

5- O Plano Cognitivo de Acertamento dos Direitos Fundamentais

Já se vê que o juízo de cognição, na democracia, não deriva de fatos alegados suscetíveis de ajustamento subjetivista a escopos sociais e metajurídicos da idealidade judiciarista (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991), porque, quanto a direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade, a base de validade desses direitos se instala no processo constituinte e sua legitimidade pela autopermissão normativa de sua fiscalidade processual (*medium lingüístico*) na constitucionalidade vigente para execução desses direitos, ainda que seja na contrafactualidade de uma realidade sustentada pela razão estratégica. Assim, o garantismo em sede constitucional democrática não se configura *per se* em face de indicação literal de direitos humanos na Constituição ou em função de uma judicacionalidade centrada na filosofia da consciência de guardiães ou depositários infiscalizáveis detentores de uma fundamentação última e irreversível, mas no exercício processual aberto a todos de auto-inclusão executiva pelo devido processo constitucional nos direitos fundamentais pré-garantidos, já integralmente resolvidos e acertados no plano da procedimentalidade constituinte.

O entrave a esse entendimento resulta da confusão paradigmática distorsiva dos rumos hermenêuticos do direito democrático, quando se utiliza dos contornos ideológicos do Estado Liberal a balizarem decisões calcadas numa visão atomística da Sociedade Política por uma esfera pública (Estado) atada ao privatismo jurídico (direitos subjetivos *ante-legem*) em que, erroneamente em nome da organização de um regime democrático, o juiz se lança na rede de valores do Estado Social e decide segundo tecnicismos metodológicos do estado Burguês por assembléia de especialistas ancorados no saber iluminista do séc. XVIII e no individualismo civilista do séc. XIX.

Não se conseguiu ainda, por apego às grades pedagógicas já envelhecidas do ensino jurídico, sair das amarras hermenêuticas do milênio passado em que a interpretação malabarística, com base em metodologias construtoras de uma jurisprudência de valores e de conceitos (MAXIMILIANO, 1995), impede a transição da Comunidade para a Sociedade Política pelo *status* democrático. Tem-se ainda a esdrúxula situação de se constitucionalizar o *status* (especialidade de processualização) do direito e, no entanto, a correção de eficiência ou confirmação do ordenamento jurídico (fiscalização da constitucionalidade) ser desenvolvida por instâncias corporativas ante uma jurisdição de juízes guardiães e depositários infiscalizáveis (CLÈVER, 2001) e não pelo legislador político direto (individual ou coletivo) como legitimado universal a produzir, atuar e recriar o direito por via abstrata (concentrada) ou concreta (difusa, incidental) em ações (procedimentos) constitucionais, ordinários, codificados ou não.

No paradigma democrático, a atividade dúctil de uma judicção (jurisdição) a serviço de uma paz social por uma hermenêutica do “prudente arbítrio” do juiz, num mistifório conciliador da lógica de SAVIGNY e da fenomenologia intuitiva (salvadora da anomia) de HUSSERL, é negativa da razão procedimental à medida que entende o processo como seqüência de atos dirigidos por uma *cognitio* solipsista do julgador. A liquidez e certeza, de um direito, na democracia, não decorrem de presunção de inexplicada incontestabilidade absoluta, mas da institucionalização dos atributos de executividade da cártula constitucional que, quanto a direitos fundamentais, se além à legitimidade provimental da tutela já antecipada e irreversível em sede de coisa julgada constituinte.

Nessa linha de cogitação, o argumento de certeza e liquidez do direito ao pleito das tutelas de urgência a direitos fundamentais contra a Administração Governativa há de se articular por matéria de ação e de *meritum* já na esfera de acatamento dos pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade estruturantes do procedimento, porque só é jurídico o atendimento tutelar *in limine litis* no direito democrático, sem prévia instalação do contraditório, quando equivale a execuções antecipadas de direitos fundamentais já acertados no título constitucional.

A não se admitir liquidez-certeza como atributo de enunciação dos direitos fundamentais na constitucionalidade democrática, a hermenêutica de sua compreensão, atuação e aplicação, fica à mercê do arbítrio de uma *phronesis* decisória comprometida com uma *práxis* social jamais erradicável, porque a “fruição in-natura do direito afirmado” (BUENO, 1999: 379) acertada na cognição constituinte receberia *a posteriori* a obstrução ou filtragem por uma judicialidade estocada em juízos de verossimilhança, inequivocidade, relevância e transcendência, valorativos e condicionantes de sua aplicação imediata assentados em pretextos ou convicções (*topoi*) de ineficiência ou precariedade pressupostamente inerente ao Estado tradicionalmente vivido.

Com efeito, a rigor, no plano instituinte (processual-discursivo) da formação da vontade democrática, a liquidez (vedação de inexecutabilidade) e certeza (infungibilidade) conferidas ao devido processo na discursividade constituinte como *médium* (direito fundante) da possibilidade fiscalizatória do sistema constitucional, por uma procedimentalidade juridicamente isonômica e incessante a ser exercida pelos destinatários normativos, é que fariam coercitivos e legitimários, numa Comunidade Jurídica, os direitos processualmente fundamentados de vida, liberdade e dignidade para a Sociedade Político-Democrática constitucionalmente pretendida.

BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola – *Do Mandado de Segurança*, 10ª ed., Editora Forense, RJ, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella – *Liminar em mandado de segurança*, 2ª ed., Editora Rev. dos Tribunais, 1999.

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO – *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., RT, SP, 1991

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 2ª ed., Lúmen Júris, RJ, 2000.

CLÈVER, Clèmerson Merlin – *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 2001.

DWORKIN, Ronald – *Império do Direito*, Martins Fontes, SP, 1999.

FERRAJOLI, Luigi – O Direito como sistema de garantias. *In O Novo em Direito e Política* (José Alcebíades de Oliveira Júnior – Coordenador) – Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen – *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Editora Tempo Brasileiro, RJ, 1997, vol.II.

HÖFFE, Otfried – *Justiça política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein, Petrópolis: Vozes, 1991.

JÚNIOR, Nelson Nery – *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 2001.

LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LALANDE, André – *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, Martins Fontes, SP, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira – *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, Editora Landy, SP, 2002.

_____. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, vol. 27, Coleção Acadêmica de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme – *Tutela cautelar e Tutela antecipada*, RT, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos – *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL NO CONTENCIOSO JUDICIAL ADMINISTRATIVO

FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), com período de pesquisa de um ano junto à Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e junto ao Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense. Advogado. Principais obras: Ônus da Prova no Direito Processual Público, Lumen Juris, 2009; A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível, Lumen Juris, 2005.

Resumo: Um dos objetivos do presente trabalho é investigar a distinção apontada por alguns autores entre verdade formal e verdade material, especialmente no contexto dos litígios de direito público. Examina-se o modo pelo qual os princípios dispositivo e do inquisitório incidem e afetam o direito processual. Enquanto grande número de juristas brasileiros exige uma ampliação do poder judicial na investigação dos fatos, outros fazem recair as bases do processo justo sobre a autonomia processual das partes, a preservação da imparcialidade judicial e outras garantias processuais. A segunda orientação guiou metodologicamente o exame dos problemas apresentados.

Palavras-chave: Justiça Administrativa – poder judicial – garantias do processo justo.

Abstract: One of the scopes of the work is to investigate the strict differentiation carried out by some authors between formal and material truth particularly in the public law litigation context. It is examined how the application of the adversarial principle and the inquisitorial principle affects the procedural law. While great number of brazilian jurists demand an expansion of judicial power, other jurists place on the procedural autonomy of the parties as well as the preservation of the judicial impartiality and other procedural rights the basis of the fair process. The second orientation was elected as the methodological starting point to guide the present analysis.

Keywords: Administrative Justice – judicial power – due process guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Busca da verdade, direito material e processo justo – 3. Princípio dispositivo e princípio inquisitório – 4. Imparcialidade judicial entre publicismo e garantismo – 5. O “juiz ativo” e o “juiz garante” – 6. Relevância da (in)disponibilidade do direito – 7. Concepção

objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa: primazia dos direitos fundamentais ou supremacia do interesse público? – 8. Conclusões – 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A técnica processual, enquanto objeto da Ciência do Direito Processual, pode ser entendida como um conjunto de meios adequados destinados a produzir resultados úteis no processo.¹⁶⁷ Como a aplicação do Direito não é neutra ou indiferente, pode-se perceber a influência direta da ideologia jurídica dominante sobre a utilização da técnica processual.¹⁶⁸

Ao lado desse elemento subjetivo, existe ao menos um elemento objetivo importantíssimo que (inter)age com a técnica processual: o direito material.¹⁶⁹ Assim, cumpre reconhecer que fatores extraprocessuais atuam sobre a técnica processual e, nesta linha, questiona-se, primeiramente, a possibilidade de se extraírem conseqüências processuais a partir da natureza do direito material deduzido em juízo.

A doutrina pátria do Direito Administrativo é praticamente uníssona ao estabelecer uma presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pela Administração, que tem como reflexo processual a isenção da Administração de provar os fatos afirmados, dificultando sobremaneira as chances de vitória dos cidadãos no contencioso judicial administrativo.

Sabe-se que o Direito Administrativo, hoje, passa por mudanças profundas em suas formulações teóricas. Isto se deve ao fato de que, nos países democráticos se espera uma Administração que permita a participação dos cidadãos e que estes sejam ouvidos, e não uma Administração autoritária.¹⁷⁰

Em feliz metáfora, MAURO CAPPELLETTI¹⁷¹ afirmou que o direito processual pode ser comparado a um espelho no qual são refletidos os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico. E como o momento atual reclama formas de promoção e proteção dos direitos fundamentais, não pode ser outra a preocupação do direito processual.

O presente estudo pretende investigar, se a busca da verdade é finalidade do processo e se é relevante a distinção entre verdade formal e verdade material. Isto nos leva a indagar se vige no

¹⁶⁷ Cf. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 45 e ss; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. item 15, p. 59.

¹⁶⁸ Sobre o tema, consulte-se: OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Processo e Ideologia*, cap. I, p. 16 e ss.

¹⁶⁹ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 46 e ss.

¹⁷⁰ Sobre o modelo europeu de Administração participativa, consulte-se: ROBERTO CARANTA, LAURA FERRARIS, SIMONA RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, p. 18 e ss.

¹⁷¹ *O processo civil no direito comparado*, p. 18.

contencioso judicial administrativo o princípio dispositivo ou o princípio inquisitório. Por derradeiro, examinar-se-á as concepções objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa, o que influi decisivamente para a adoção de um modelo de primazia dos direitos fundamentais ou de supremacia do interesse público.

2. Busca da verdade, direito material e processo justo

Existe uma necessidade garantística de apuração dos fatos no processo, porque uma decisão justa está ancorada à verdade e isto deve ser tomado como pressuposto de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos.¹⁷² Neste tópico, pretende-se descobrir como opera a técnica processual na busca da verdade no processo, bem como traçar os seus limites.

O movimento *garantista* tem ensejado verdadeira revisão metodológica no Direito Processual, especialmente no campo do processo penal, exigindo que o julgamento seja realizado por um juiz imparcial, equidistante das partes. Tal movimento parece, no entanto, pouco influente no outros ramos do Direito Processual.¹⁷³

No campo do processo civil, a escassez de iniciativas instrutórias oficiais constitui, ao lado da inobservância de prazos pelos agentes do juízo e da motivação superficial ou lacunosa da decisão, alvo de críticas dirigidas à atuação do juiz no que diz respeito à condução do processo e à resolução da lide.¹⁷⁴

Nesta linha, vem ganhando espaço a idéia de que o juiz deve desempenhar papel ativo na produção de provas, porque com a atividade instrutória do magistrado tem-se a garantia de que se busca a *verdade*.¹⁷⁵ Contudo, pela incerteza na sua descoberta, tal busca revelou-se problemática. Tentaram os juristas solucionar esse impasse a partir da distinção entre “verdade formal” (construída dentro do processo e que muitas vezes não corresponde aos fatos reais pretéritos) e “verdade material” (empírica).¹⁷⁶ A propósito, é fácil encontrar, ainda hoje, nos manuais a assertiva de que o processo civil se contenta com a verdade formal, enquanto que o processo penal deve buscar a verdade material, muito embora tal distinção tenha sido muito contestada a partir de 1915, sobretudo, por FRANCESCO CARNELUTTI:

¹⁷² LEONARDO GRECO, “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, p. 448.

¹⁷³ Sobre o garantismo processual, fundamental a consulta de LORCA NAVARRETE, “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mayo-Agosto de 2003, Número 107, p. 531/557.

¹⁷⁴ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, in: *Participação e Processo*, p. 383-4.

¹⁷⁵ Cf. TERESA ARRUDA ALVIM, “Reflexões sobre o ônus da prova”, in: *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*, p. 247.

¹⁷⁶ Cf. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, p. 4 e 37.

“...agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità”.¹⁷⁷

Tal assertiva está ancorada na premissa de que o direito privado cuida de *direitos disponíveis* enquanto o direito público de *direitos indisponíveis*. Afigura-se, no entanto, questionável tal diferenciação.¹⁷⁸ Ademais, a reconstrução dos fatos no processo civil não é menos relevante que no processo penal, porque as conseqüências daquele processo podem ser até mais graves,¹⁷⁹ como ocorre com a perda do pátrio poder em comparação com a pena de multa criminal.

Agrava-se o problema ainda mais no campo do chamado direito processual público, ou seja, aquele ramo do direito processual voltado para a composição de conflitos em que o Estado aparece como parte em juízo.¹⁸⁰

Não se quer negar importância aos litígios envolvendo particulares, tampouco asseverar que inexistente interesse público na solução dos litígios privados. Deve-se reconhecer, todavia, que a relação processual que envolve o particular e o Estado como partes é qualitativamente diversa, porque nela há, normalmente, um desequilíbrio de forças. Tal desequilíbrio é ainda mais acentuado no Brasil, quer pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, quer pelos privilégios processuais de que goza a Administração Pública.

Lembre-se que inexistente Brasil, ainda, uma lei que trate dos princípios e regras gerais do *contencioso judicial administrativo*. Embora existam leis que tratam de alguns procedimentos judiciais envolvendo a Administração, aplica-se, onde não houver norma especial, o Código de Processo Civil, que contém poucas regras referentes à relação processual em que estão presentes o particular e a Administração.

É de se questionar se as regras processuais aplicadas às relações envolvendo o direito privado devem ser aplicadas às relações processuais travadas entre Estado e cidadão no que se refere ao encontro da verdade. Há autores, neste campo, que sustentam a prevalência do princípio da verdade material nas causas em que o Estado é parte, sem desconsiderar, no entanto, normas limitadoras, como a que veda o uso de provas ilícitas e o conhecido princípio da demanda.¹⁸¹ Tais normas, apesar de indispensáveis à realização de um processo justo, contribuem para obstaculizar o encontro da verdade absoluta.

¹⁷⁷ No vernáculo: “... fácil observar como a verdade só pode ser uma, de modo que ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou diverge dela, e não é mais que uma não verdade” (*La prove civile*, p. 29).

¹⁷⁸ Neste sentido: GABRIEL LACERDA TROIANELLI, “Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal”, *in: Processo Administrativo Fiscal*, vol. 4, p. 67.

¹⁷⁹ EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à prova no processo civil*, p. 73.

¹⁸⁰ Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 1; “A emergência do Direito Processual Público”, *in: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, p. 34 e ss.,

¹⁸¹ Por ex.: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa (Lições)*, p. 430-431.

Por outro lado, um juiz ativo, com poderes para descobrir a verdade a qualquer preço, pode acabar substituindo o poder das partes na atividade destinada à produção de provas acarretando a negação do princípio dispositivo,¹⁸² o que seria incompatível com o *modelo processual garantista*.¹⁸³

Nesta linha, é curioso notar que, no âmbito da jurisdição penal de alguns países, assiste-se à *limitação dos poderes dos juízes* para que não seja comprometida a imparcialidade, enquanto na jurisdição civil ocorre o inverso, apesar de se tratar de direito privado.¹⁸⁴

Com efeito, o direito material público caracteriza-se, segundo a doutrina, pela indisponibilidade do *interesse* pertinente ao Estado. Como transportar, então, o princípio dispositivo para as situações de direito material público sem comprometer a busca da verdade?¹⁸⁵

Seja como for, deve ser repudiada a distinção entre verdade formal e verdade material, porque a verdade material como descrição minuciosa do fato exatamente como aconteceu esbarra na: 1) impossibilidade jurídica (lei coloca limitações à busca da verdade, como o uso de provas ilícitas e preclusões); 2) impossibilidade fática (quando o fato está registrado apenas na memória de testemunhas, o tempo e a contradição das informações podem tornar a tarefa decisória deveras difícil); 3) irrelevância prática (há fatos que não interessam ao direito (na maioria dos casos, a cor da roupa, a altura das pessoas etc.); 4) interpretação diversa dos fatos (valorações e descrições parciais que influenciam a decisão).¹⁸⁶

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER explica, a propósito, que:

“A verdade não é o fim do processo. É apenas meio. Não se busca a verdade por amor à verdade, mas apenas para se poder afirmar se incidiu ou não incidiu norma jurídica. É preciso decidir, de preferência em curto prazo. Por isso mesmo, não se busca a verdade absoluta ou material. Certo, a verdade é uma só e, portanto, não se pode opor uma verdade relativa ou formal a uma verdade absoluta ou material. Assim, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, o que na realidade se afirma é que nele se

¹⁸² Para MARCELO ABELHA RODRIGUES, “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 245-246, assevera que, na busca da justiça, o juiz deve estar dotado de poderes instrutórios ilimitados, que lhe permitam ser um “caçador da verdade”, desde que não contrariem os preceitos éticos.

¹⁸³ Neste sentido, JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, p. 80-1.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 82. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in: *Revista de Processo*, vol. 94, p. 13 e ss.

¹⁸⁵ Cf. CASSIO SCARPINELLA BUENO, “A emergência do Direito Processual Público”, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, p. 34.

¹⁸⁶ Cf. JUAN MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 109 e ss. Lembra ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 31, p. 17: “aquele que está em melhores condições de provar está, também, em melhores condições de desvirtuar a prova”.

procura a verdade, mas, sendo impossível, difícil ou inconveniente alcançá-la, contentamo-nos com uma aparência de verdade.”¹⁸⁷

Assim, tem-se que, para prestar a tutela jurisdicional, o magistrado deve realizar todos os esforços para buscar a verdade, limitados pelos fatos trazidos pelas partes, e pelas limitações legais e constitucionais de seus poderes de instrução.¹⁸⁸

A verdade que se busca no processo, se é que pode ser assim qualificada, é a “verdade processual”, a qual forma no julgador a “convicção de certeza”. Se a “verdade processual” – que é meio para a realização do processo justo – não for encontrada (porque os fatos permanecem controversos), valerá a decisão de acordo com as regras do ônus da prova (objetivo). Neste caso, pouco importará que a verdade tenha sido encontrada, porque este é o preço que se paga pelo processo justo. Ora, o processo judicial deve ser qualificado como justo sempre que ele torne possível a busca da verdade; e não só quando ele a encontre. Ademais, seria ingênuo, considerando os limites temporais do processo, que ele constitua instrumento capaz de permitir a determinação da “verdade absoluta” a respeito dos fatos.

Conclui-se, portanto, que a dicotomia da verdade material e da verdade formal se encontra superada, em especial para diferenciar o processo civil do processo penal,¹⁸⁹ o que não significa dizer que o conhecimento da realidade empírica dos fatos seja impossível.¹⁹⁰ Também para o contencioso judicial administrativo a distinção deve ser abandonada.

3. Princípio dispositivo e princípio inquisitório

Neste tópico, tratar-se-á da terminologia que envolve o princípio dispositivo e o princípio inquisitório, bem como a influência que exercem sobre os poderes das partes e do juiz.

Em primeiro lugar, deve-se afirmar que tais princípios não se excluem mutuamente. A propósito, se for lançado um olhar no contencioso judicial administrativo alemão, ver-se-á que o princípio dispositivo coexiste com o princípio inquisitório: “Untersuchungsgrundsatz und Dispositionsmaxime sind also kein gegensatz – sie ergänzen sich viehlmehr.”¹⁹¹

¹⁸⁷ *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 48.

¹⁸⁸ Vejam-se as limitações expostas de forma didática em JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *op.cit.*, p. 48.

¹⁸⁹ No sentido do texto: FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 102.

¹⁹⁰ EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à prova no processo civil*, p. 72.

¹⁹¹ “Princípio inquisitório e princípio dispositivo não são, portanto, opostos, mas complementares” (FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 578).

O princípio inquisitório (*Untersuchungsgrundsatz* ou *Amtsermittlungsgrundsatz*) atribui ao tribunal a responsabilidade pela investigação da veracidade dos fatos (§ 86, I, 1ª parte da *VwGO*).¹⁹² Isto não significa, no entanto, que o tribunal tenha que investigá-los sozinho. As partes têm o dever de cooperar no esclarecimento dos mesmos.¹⁹³

No que se refere ao princípio dispositivo (*Dispositionsgrundsatzes* ou *Verfügungsgrundsatzes*), várias formas de manifestação são conhecidas no contencioso judicial administrativo alemão,¹⁹⁴ a saber:

1) Princípio da demanda (*Antragsgrundsatz*) – não pode haver processo sem demanda proposta, de modo que nenhum processo pode ser instaurado de ofício pelo magistrado.¹⁹⁵

2) Poder processual de indicar os meios de prova (*Das Recht der Partei zur Benennung von Beweismitteln* – *VwGO*, §82, I; §87b, II, 1 e 3; §128a, I, II),¹⁹⁶ embora deva o tribunal de ofício, em virtude do princípio inquisitório, fazer uso dos meios de prova que entender adequados (*VwGO*, § 86);

3) Poder processual de modificar a ação proposta (*Klageänderung* – *VwGO*, § 91) e Poder de desistir da ação proposta (*Klagerücknahme* – *VwGO*, §92);

4) Poder material de dispor da pretensão/resistência deduzida em juízo, isto é, a renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido (*Das Recht der Partei, bei der Erledigung der Hauptsache, auf einen Anspruchsverzicht oder ein Anerkenntnis* – *VwGO*, § 87a, I, 2) ou mesmo fazer uma transação (*Prozessvergleich* - *VwGO*, §106).

Isto significa que, em razão do princípio dispositivo, podem as partes determinar o início e fim do processo, bem como chegar a uma composição acerca do objeto litigioso no contencioso judicial administrativo alemão.¹⁹⁷

Poder-se-ia, ainda, acrescentar a este rol, como manifestação do princípio dispositivo, o poder processual de limitar a matéria fática (alegações) levada a juízo (*Verhandlungsgrundsatz* ou *Beibringungsgrundsatz*).¹⁹⁸

¹⁹² WOLFF/DECKER, *VwGO/VwVfG*, p. 295.

¹⁹³ TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 30-31. Ver item 5.4.

¹⁹⁴ Cf. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, S. 577; STEFAN KUNTZE in: Johann Bader *et alii*, *Verwaltungsgerichtordnung*, § 86, p. 824; KOPP/SCHENKE, *Verwaltungsgerichtordnung: Kommentar*, § 86, p. 997.

¹⁹⁵ EBERHARD SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, S. 18. „Wo kein Kläger, da kein Richter“ (onde não há autor, não há juiz). Lembra WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 23, que há duas exceções, referente ao procedimento de controle de normas do §47 e nos procedimentos de urgência.

¹⁹⁶ Cf. EBERHARD SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, p. 189 e ss.

¹⁹⁷ TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 30. No direito brasileiro, pode a parte autora, igualmente, desistir da ação proposta (art. 267, VIII, CPC); no entanto, se a desistência for apresentada após a resposta do réu, terá de obter a sua concordância. Nada impede a autocomposição pelo reconhecimento jurídico do pedido, pela transação ou pela renúncia à pretensão (art. 269, CPC).

¹⁹⁸ Cf. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 8.

No entanto, é preciso notar que no direito alemão a grande maioria dos autores opõe o princípio inquisitório (*Inquisitionsmaxime*) ou da investigação de ofício dos fatos (*Untersuchungsgrundsatz*) ao princípio das alegações deduzidas (*Verhandlungsgrundsatz*)¹⁹⁹ ou aportação (*Beibringungsgrundsatz*) dos fatos pelas partes.²⁰⁰ Já o princípio do impulso oficial (*Offizialmaxime*) contrapõe-se ao princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), o que contrasta com a terminologia brasileira.

Em síntese apertada, pode-se dizer, com o apoio de DIETER LORENZ,²⁰¹ que no contencioso judicial administrativo alemão vige o princípio dispositivo em relação à disponibilidade do processo e, ao mesmo tempo, o princípio inquisitório no que concerne à investigação dos fatos afirmados.

Nesta linha também pode ser inserido o modelo de Justiça Administrativa portuguesa, onde coexistem o princípio dispositivo referente à condução e extinção do processo, e o princípio inquisitório relativo à instrução.²⁰²

Na Justiça Administrativa italiana criou-se uma figura intermediária aos modelos dispositivo e inquisitório para se referir ao fenômeno: *sistema dispositivo con metodo acquisitivo*.²⁰³ Isto significa que, embora haja a vigência do princípio dispositivo, o juiz possui um papel ativo na fase de instrução, devendo determinar a investigação dos fatos de ofício, mas somente aqueles que tenham sido apresentados pela parte,²⁰⁴ com um princípio (mínimo) de prova.²⁰⁵

Na Espanha, embora a terminologia alemã seja seguida, o sistema apresenta solução parcialmente diferente para as demandas da Justiça Administrativa. Apesar da vigência do princípio dispositivo (que confere às partes o total domínio sobre os seus direitos processuais e materiais), cabe às partes levar ao conhecimento do magistrado não só os fatos, mas também as provas pertinentes para que ele as valore.²⁰⁶ Embora a legislação pareça consagrar o princípio inquisitório

¹⁹⁹ Este princípio é de tradução difícil. O termo *Verhandlung* é polissêmico e pode indicar debate, audiência ou negociação. Optou-se no texto por um equivalente funcional, privilegiando-se, assim, o sentido, e não a sua tradução literal. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, p. 407 (art. 131, item 3), chama a *Verhandlungsmaxime* de “princípio de controvérsia”.

²⁰⁰ Um dos estudos pioneiros acerca da aplicação dos princípios inquisitório e dispositivo no processo civil, processo penal e processo administrativo pertence a MAX SCHULTZENSTEIN, “Die Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten”, in: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Band. 43, p. 301 e ss

²⁰¹ *Verwaltungsprozessrecht*, p. 515.

²⁰² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa (Lições)*, p. 421-3 e 430-1.

²⁰³ CARLO EMANUELE GALLO, “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo IV, p. 3339 e 3341; FRANCESCO CARINGELLA, *Corso di Diritto Processuale Amministrativo*, p. 721.

²⁰⁴ CARLO EMANUELE GALLO, “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo IV, p. 3340.

²⁰⁵ MARCO LIPARI, “I principi generali dell’istruttoria nel processo amministrativo” dopo la L. n. 205 del 2000”, in: *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003, fascicolo I, p. 92-93. O autor observa que, em razão da posição de superioridade da Administração, o ônus da prova do cidadão é reduzido (idem, p. 96). Neste sentido: FELICIANO BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, p. 441-444. Para GIUSEPPE MARIA CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributário*, p. 582-583, a expressão “onere del principio di prova” é pouco feliz, porque o ônus da prova deve ser assumido em regra pela Administração, já que o cidadão encontra-se em posição de inferioridade.

²⁰⁶ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, vol. II, p. 1195.

no art. 61 da *Ley 29/1998, de 13 de julio (reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*,²⁰⁷ a doutrina espanhola não tem interpretado o dispositivo em sua literalidade, reduzindo, portanto, o seu alcance.²⁰⁸

No Brasil, embora um ou outro autor faça a distinção, o princípio dispositivo é tomado como gênero, abrangendo: a) o princípio da demanda (arts. 2º, 128, 262 e 460, CPC); b) o poder das partes de dispor do direito material (arts. 269, II, III e V, CPC); c) o princípio da apuração, que vincula o juiz aos fatos alegados (art. 128 e 302, CPC);²⁰⁹ d) o princípio da disponibilidade das provas, que vincula o juiz às afirmações provadas (arts. 282, VI e 300, CPC).²¹⁰ Nesta linha de pensamento, HUMBERTO THEODORO JR. diferencia o princípio inquisitivo ou inquisitório do princípio dispositivo:

“Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios ao seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente da iniciativa ou da colaboração da parte. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador. Modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.”²¹¹

Parte da doutrina, no entanto, restringe o princípio dispositivo, por influência da doutrina italiana, ao dever do juiz de julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes

²⁰⁷ “1. El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria. 3. Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de lo previsto en los dos apartados anteriores. 4. Si el Juez o Tribunal hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el resultado de la prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia. 5. El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos. A los efectos de la aplicación de las normas sobre costas procesales en relación al coste de estas pruebas se entenderá que son partes todos los intervinientes en los procesos sobre los cuales se haya acordado la extensión de sus efectos, prorrateándose su coste entre los obligados en dichos procesos al pago de las costas.”

²⁰⁸ Cf. IGNACIO MARRERO FRANCÉS *et alii*, “Análisis del art. 429, I, II y III LEC”, in: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, p. 61-62.

²⁰⁹ O art. 128 do Código de Processo Civil cuida *não só* do princípio da apuração (“questões suscitadas”), mas também do princípio da adstrição da sentença ao pedido (“limites da lide”).

²¹⁰ Assim, por exemplo, ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, cap. I, item 4.

²¹¹ *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, p. 29.

(*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.²¹² Nesta linha de pensamento situam-se ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, mas advertem que o *princípio dispositivo* não pode ser confundido com o *princípio da disponibilidade*, nestes termos:

“Chama-se poder dispositivo [*sic*] a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não os seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir “da ação”) ou a certas situações processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual”.

Estes dois princípios geram alguma confusão, não só porque os próprios autores atribuem função similar ao princípio da demanda (“possibilidade de apresentar a pretensão em juízo”), mas, sobretudo, pela semelhança terminológica.²¹³ Assim, o princípio da disponibilidade – e não o princípio dispositivo – teria como termo espanhol correspondente princípio dispositivo e o alemão seria *Dispositionsmaxime* ou *Verfügungsgrundsatz*.

Em razão da enorme confusão que seria trocar o conceito do princípio dispositivo em sentido restrito no direito brasileiro para adequá-lo ao termo similar alemão e espanhol, melhor é tomá-lo em sentido amplo. Assim, o princípio dispositivo confere às partes, no processo civil brasileiro, o poder de provocar a atividade judicial (princípio da demanda), alegar ou provar os fatos a elas pertinentes, bem como dispor do processo (desistência) e do direito material (autocomposição) como bem entenderem.²¹⁴

²¹² Por exemplo: OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, item 3.1 e 3.2. Atualmente, há quem restrinja ainda mais o princípio dispositivo, com o argumento que a produção não é monopólio das partes. Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 102, “Dizia-se antigamente: “*iudex iudicare, debet secundum allegata et probata a partibus*. Afirma-se hoje: *iudex iudicare, debet secundum allegata – a partibus*” (grifos nossos). Também defende esta última posição: ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JÚNIOR, “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”, in: *Revista Jurídica*, vol. 280, p. 21; MARCELO ABELHA RODRIGUES, “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 246.

²¹³ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, §68, b), nota de rodapé 117, p. 103, faz menção à falta de clareza sobre qual o princípio antinômico da regra dispositiva. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 87, classifica-o de “termo altamente equívoco”.

²¹⁴ Neste sentido: HUMBERTO THEODORO JR. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I, p. 29; AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, vol. 44, p. 168, distingue o *princípio dispositivo material* (poder de a parte dispor de seus direitos ou pretensões materiais) do *princípio dispositivo formal* (poder de a parte dispor de seus direitos, faculdades, ônus processuais etc.). Esta classificação já aparecia em: SENTIS MELENDO, *La Prueba*, p. 19, denominando a *Dispositionsmaxime* de princípio dispositivo em sentido substancial e a *Verhandlungsmaxime* de princípio dispositivo em sentido processual.

Não se quer negar que o poder que a parte tem de provocar a instauração do processo (princípio da demanda) é algo bem diferente do poder que a parte tem de alegar os fatos que ela pretende provar. O que se quer dizer é que ambos podem ser considerados manifestações do princípio dispositivo. Note-se que o próprio princípio da demanda, contém, sem prejuízo teórico, pelo menos dois sub-princípios: a) princípio da inércia – cabe à parte provocar o exercício da atividade judicial (arts. 2º e 315, CPC); b) princípio da adstrição – a sentença está limitada ao *pedido* formulado pelas partes (arts. 128 e 460), subdividindo-se este último, ainda, em b.1) princípio da congruência e b.2) princípio da correlação.²¹⁵

4. Imparcialidade judicial entre publicismo e garantismo

Ao lado do poder das partes da relação processual, encontra-se o poder de instrução do magistrado. Não há lugar, no processo moderno, para o juiz inerte,²¹⁶ tampouco para o juiz autoritário.²¹⁷ Afinal, pode o magistrado levantar provas de ofício sem que comprometa a sua imparcialidade?

Exige-se, hodiernamente, que o magistrado seja o sujeito capaz de possibilitar o diálogo humano entre as partes.²¹⁸ Se isto não for possível, o magistrado, na busca pela decisão justa deve estar pronto para garantir a paridade de armas. Fala-se hoje do princípio do juiz ativo e prega-se o ativismo do juiz, em razão do caráter público do processo. Seria o “juiz ativo” a figura capaz de assumir o papel dialógico no debate judicial sem comprometer a sua imparcialidade? A favor do ativismo judicial, manifestou-se MÁRCIA CUNHA S.A. DE CARVALHO, nestes termos:

“Qualquer possibilidade de desequilíbrio entre as partes gerado pelo ativismo judicial pode ser imediatamente neutralizado pelo contraditório. Ou seja, o juiz, ao determinar a produção de alguma prova ou a realização de qualquer ato que estaria ao encargo de uma das partes, deve imediatamente conceder oportunidade para que a parte contrária possa produzir prova ou se manifestar

²¹⁵ JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA, *Princípios Gerais no Processo Civil*, item 2.1.2, p. 47, explica que o princípio da congruência se refere ao pedido imediato e o princípio da correlação ao pedido mediato.

²¹⁶ NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 235, assevera que o juiz inerte não resulta do *Code de Procédure* napoleônico de 1806 ou falta de regulamentação legislativa, porém, muito mais de uma “abulia profissional”.

²¹⁷ Em defesa do juiz autoritário, consulte-se: LUIZ MACHADO GUIMARÃES, “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *O Processo Oral*, p. 239 e ss. Note-se que na época o termo autoritário não possuía a conotação negativa que possui hoje, porque era uma forma de expressão da autoridade. Isto se explica porque muitos defendiam uma ideologia autoritária. Para estes era o termo liberal que possuía conotação negativa. Para uma visão crítica do juiz autoritário no contexto do Código de Processo Civil de 1939, consulte-se: MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, p. 114.

²¹⁸ Cf. LEONARDO GRECO, “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, p. 102 e ss.

sobre a determinação da realização, dando-lhe azo a influir na decisão que possa daí advir.”²¹⁹

A figura do juiz ativo já aparece na jurisprudência, até em acórdãos de Tribunais Superiores:

“O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual, em sua formulação inicial, o juiz deveria julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, como hoje cediço, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, entre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade.” (REsp 178189 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1998/0043261-2 – Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - QUARTA TURMA – Data do julgamento: 06/03/2003 – Data da publicação/fonte: DJ 07.04.2003 p. 289).

Mas até que ponto pode o juiz levantar provas de ofício sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade e que diferenças podem ser encontradas entre os poderes do juiz no processo civil e o juiz do contencioso judicial administrativo? Ensina FRANCESCO CARNELUTTI²²⁰ existir uma relação íntima entre a alegação e a prova. Se as partes estão em condições de igualdade e as afirmações de uma contradizem as da outra, nenhuma pode pretender que sua palavra valha mais que a palavra da outra. Por isso, a própria parte sabe que tem de provar sua alegação, porque sem prova esta de nada vale. Daí haver além do ônus de alegar, o ônus de provar. A idéia é que se o juiz não pode, de ofício, procurar os fatos, também não pode buscar as provas.

Embora haja um peso muito grande do princípio dispositivo no processo civil, é de se reconhecer a existência de numerosos dispositivos do Código de Processo Civil que conferem poderes ao magistrado no que tange às iniciativas instrutórias,²²¹ como, por exemplo, o poder de determinar, de ofício, o comparecimento pessoal das partes ou testemunhas a fim de interrogá-las sobre fatos da causa (art. 342 e 417, CPC); o poder de ordenar a exibição de livros e documentos (art. 391, CPC), bem como o poder de realizar, ainda que não haja provocação, a inspeção judicial

²¹⁹ “A Constituição Federal e o Princípio do Juiz Ativo”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, p. 102

²²⁰ *Diritto e processo*, p. 264.

²²¹ Cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 236.

(art. 440).²²² E ainda há a regra do art. 130 do Código de Processo Civil que confere carta branca ao juiz para determinar, de ofício, as provas que entender pertinentes.

Aliás, não são poucas as tentativas – muitas vezes autoritárias – de redução da incidência do princípio dispositivo no processo civil. Quando BAUMBACH²²³ propôs em 1938 o redimensionamento do processo civil pela jurisdição voluntária, com um juiz dotado de poderes extraordinários, recebeu prontamente a crítica de CALAMANDREI,²²⁴ porque isto acarretaria o fim do processo civil.²²⁵

Hoje a velha polêmica renasce em razão do trabalho de MONTERO AROUCA,²²⁶ contrapondo publicistas e garantistas.²²⁷

Em um esforço de apertada síntese, pode-se dizer que os publicistas (defensores de um ativismo judicial probatório praticamente incondicionado) estão preocupados, sobretudo, com a efetividade do processo, um processo de resultados, e acreditam que o fortalecimento dos poderes

²²² No art. 429, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 existe importante dispositivo que reflete a limitação do princípio dispositivo preservando, no entanto, a regra do diálogo processual no momento da audiência de conciliação do procedimento ordinário, nestes termos: “Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal [grifos nossos].

Sobre o tema, consulte-se a seguinte coletânea: XAVIER ABEL LLUCH Y JOAN PICÓ I JUNOY (coord.), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*.

²²³ “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 583 e ss. Registre-se que esta revista pertencia a um instituto nacional-socialista de juristas.

²²⁴ “Abolizione del processo civile?”, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, p. 336 e ss.

²²⁵ Cf. a exposição e crítica à literatura da metade do século XX de NICETO ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, “Liberalismo y Autoritarismo en el proceso”, in: *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972)*, p. 246 e ss.

²²⁶ *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*.

²²⁷ Consulte-se, a propósito, a obra coordenada por JUAN MONTERO AROCA, *Proceso Civil e Ideología*, com os seguintes artigos: FRANCO CIPRIANI, “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, in: *ob.cit.*, p. 51 e ss.; GIOVANNI VERDE, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, in: *ob. cit.*, p. 67 e ss.; FRANCO CIPRIANI, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, in: *ob.cit.*, p. 81 e ss.; GIROLAMO MONTELEONE, “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un “revisionista”, *ob.cit.*, p. 97 e ss.; JOAN PICÓ I JUNOY, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, in: *ob.cit.*, p. 109 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, “El proceso civil llamado “social” como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, in: *ob.cit.*, p. 130 e ss.; GIROLAMO MONTELEONE, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, in: *ob.cit.*, p. 173 e ss.; ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, in: *ob.cit.*, p. 217 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, in: *ob.cit.*, p. 294 e ss.; EUGENIA ARIANO DEHO, “En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario”, in: *ob.cit.*, p. 357 e ss.; LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, in: *ob.cit.*, p. 381 e ss. Há boa síntese da polémica em: LEONARDO GRECO. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008, n. 164.

do juiz é capaz de sanar, ou ao menos aliviar, os males de que padece o processo hodierno.²²⁸ Os garantistas (e não neoprivatistas), longe de repudiarem a garantia da efetividade, concebem o processo como instrumento construído não no interesse do juiz, mas dos cidadãos que dele fazem uso.

Assim, as outras garantias não podem ser esquecidas e a perspectiva dos consumidores de justiça deve ser priorizada, e no caso específico do contencioso judicial administrativo, a proteção do cidadão, e não somente a defesa da ordem jurídica.²²⁹ Na verdade, parece que os publicistas estão entrando na máquina do tempo para voltar à época do Código de Processo Civil de 1939, que consignava em sua *Exposição de Motivos*, a preferência expressa pela concepção publicista:

“O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público.”

Naquele tempo, LUIZ MACHADO GUIMARÃES chegou a afirmar: “a função do processo não mais consiste precipuamente em restaurar os direitos individuais violados, e sim em restabelecer e assegurar, mediante a definição dos litígios, o império do direito.”²³⁰ Com efeito, é curioso este retorno que os publicistas deixam transparecer ao asseverarem que se encontra “superada hoje a corrente que considera como objeto do processo a defesa de direitos subjetivos”,²³¹ “em primeiro lugar está o interesse da coletividade”²³² e que o processo deve ser visto “como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado.”²³³ Chega-se até mesmo a afirmar que o juiz é o dono do processo (*dominus processu*).²³⁴

²²⁸ Entre nós, os maiores representantes desta corrente – que é a majoritária no Brasil – são: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, cap. I, item 5; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “El neoprivatismo en el proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, p. 199 e ss.

²²⁹ Neste sentido, este estudo afasta-se de uma das teses da concepção publicista de que entre os escopos políticos do processo está a missão de assegurar a *autoridade do próprio Estado e do seu ordenamento*, bem como dispensar a “tradicional postura romântica consistente em referir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direitos” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, cap. VI, p. 169 e 174).

²³⁰ LUIZ MACHADO GUIMARÃES, “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *O Processo Oral*, p. 242. Este texto de, marca autoritária, deve ser lido *no contexto de sua época*, em que grandes nomes do pensamento brasileiro rendiam homenagem às doutrinas de subordinação do indivíduo aos interesses do Estado.

²³¹ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 68.

²³² *Ibidem*, p. 69.

²³³ *Ibidem*. Também LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, item 2.4.3.3, p. 39, quando invoca MORTARA na defesa da ordem objetiva; *Idem*, *Teoria Geral do Processo*: “Quando a caracterização do processo se importava apenas com a iniciativa dos particulares, e não com a função do juiz, era natural que se concebesse o processo como mero ‘negócio das partes’, e não como um lugar em que o Estado exprime a sua autoridade”, mas logo a frente, aparentemente, revê sua posição ao caracterizar a jurisdição como dever estatal de

Lembra LUIS CORREIA DE MENDONÇA,²³⁵ que este culto à exaltação da *autoridade* é ainda resquício de um tempo em que o indivíduo estava a serviço dos fins do Estado e não o inverso, e é justamente esta concepção que está por trás da tão aplaudida “publicização” do processo civil.²³⁶

Sem embargo, é preciso observar que dentro dos rótulos garantistas e publicistas podem-se encontrar posicionamentos radicais e moderados, não sendo estranho que soluções para problemas judiciais sejam convergentes entre as posturas moderadas. A perspectiva aqui perfilhada é a do garantismo moderado. Nesta linha, define-se o *garantismo processual* como o modelo normativo (dever ser) imposto à função judicante do Estado para assegurar os direitos processuais dos cidadãos, como o devido processo legal e a paridade de armas, exigindo-se, ao mesmo tempo, dos juristas o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis vigentes quando confrontadas com as garantias processuais inscritas na Constituição.²³⁷

5. O “juiz ativo” e o “juiz garante”

O “juiz ativo”, de marca publicista, deve, na verdade, ser substituído pelo “juiz garante”,²³⁸ que dialoga com as partes.

Gize-se: o reforço exagerado dos poderes do juiz pode levar a grandiosos desastres, como os das últimas reformas processuais, que estabeleceram a declaração da prescrição, de ofício, referente a direitos disponíveis (art. 219, §5º, CPC);²³⁹ declaração, de ofício, de incompetência relativa (art. 112, parágrafo único, CPC); e outras inovações que desconsideram por completo o interesse da parte. A melhor doutrina tem, no entanto, buscado suprir o déficit garantista destas novas disposições, aplicando a garantia do contraditório.²⁴⁰ A análise cuidadosa de HUMBERTO THEODORO JR. merece destaque:

proteger os direitos, acrescentando que “o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais.

²³⁴ JOÃO BATISTA LOPES, *A prova no Direito Processual Civil*, p. 48.

²³⁵ “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, n. 1, p. 72.

²³⁶ Veja-se, a propósito, JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *Teses, estudos e Pareceres de Processo Civil*, p. 270 e 311-312, especialmente no tópico “visão privatística versus visão publicística do processo, uma meia verdade”.

²³⁷ Cf. FERRAJOLI, *Teoria do Garantismo Penal*, p. 684-5; FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO, “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in: *Revista de Processo*, n. 165, p. 185 e ss.

²³⁸ A expressão é de LUIS CORREIA DE MENDONÇA, “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, n. 1, p. 67 e ss.

²³⁹ Vejam-se as críticas de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, in: *A Nova Reforma Processual*, p. 1/14.

²⁴⁰ Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, obra em três volumes.

“Pensou-se que, ampliando cada vez mais a interferência autoritária do juiz, poder-se-ia superar a enorme, lamentável e crônica morosidade da prestação jurisdicional. Nessa linha de preocupação, as últimas reformas do Código de Processo Civil concentraram-se, em grande parte, no incremento de iniciativa judicial e na redução da autonomia das partes. Sem atentar para a realidade de que, substancialmente, o maior interesse na composição do litígio pertence às partes, e não ao juiz, predicamentos preciosos, como o contraditório e o papel exclusivo desempenhado no diálogo entre as partes, foram desprezados, e inovações arrojadas (para não dizer temerárias) foram realizadas.”²⁴¹

A regra do diálogo exige do magistrado uma postura que respeite as garantias das partes. Regra de ouro é que o juiz não deve decidir sem permitir a prévia manifestação das partes. É a maior homenagem que se pode fazer ao princípio do contraditório. Com razão apontou LEONARDO GRECO²⁴² a hipocrisia do art. 36, III da Lei Complementar n.º 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), que veda ao juiz “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem”. Assim, ensina o autor:

“Hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem, ao contrário, que o juiz antecipe as suas opiniões, e que o faça de público, e não às escondidas, para que as partes possam acompanhar o desenvolvimento do seu raciocínio e assim influir eficazmente na formação da decisão final.”²⁴³

Realmente, a ciência processual moderna afastou o dogma irracional de que o juiz que revela o que pensa viola o dever de imparcialidade.²⁴⁴ Cumpre agora investigar em que medida a disponibilidade do direito interfere nos poderes do “juiz garante” na busca da verdade.

6. Relevância da (in)disponibilidade do direito

²⁴¹ *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 63.

²⁴² “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”, in: *Revista Jurídica*, março de 2003, vol. 305, p. 67.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. item 88, p. 223-224.

Costuma-se atrelar a indisponibilidade do direito material deduzido em juízo ao princípio inquisitório e a disponibilidade do direito ao princípio dispositivo: “la disponibilidad de la relación sustancial controvertida por parte de los interesados es esencial garantía del buen funcionamiento del principio dispositivo en el proceso”.²⁴⁵ Nesta linha, também MAURO CAPPELLETTI²⁴⁶ sustenta que a natureza da relação substancial deduzida em juízo e, em particular, a disponibilidade ou indisponibilidade do direito influi profundamente nas regras da técnica processual.

Mas tal regra não legitima a conclusão sedutora em doutrina de que no processo penal incide o princípio inquisitório, enquanto no processo civil vige o princípio dispositivo.²⁴⁷

Em primeiro lugar, porque também no processo penal se conhece um certo poder de disposição sobre o objeto do processo – recorde-se a figura da transação penal.²⁴⁸ Em segundo lugar, porque nem todos os direitos privados são disponíveis no processo civil, ainda que as partes estejam de acordo.

PIERO CALAMANDREI arremata dizendo que “el hecho de que el Estado se halle interesado directamente en la relación sustancial sometida a decisión, o de que en absoluto figure como parte en el proceso, no lleva consigo con consecuencia necesaria la transformación del proceso de dispositivo en inquisitorio.”²⁴⁹

Por meio do princípio dispositivo, pretende-se, que a *imparcialidade do juiz* seja preservada. Diz-se, no entanto, que, no processo civil brasileiro, o princípio dispositivo é mitigado, porque permite que o juiz realize atividades instrutórias *ex officio*, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil.²⁵⁰

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA confere máxima aplicação ao citado artigo, nestes termos:

“Em qualquer caso, cabe ao juiz determinar de ofício a realização de provas que julgue necessárias (art. 130). As regras particulares a respeito, como a do art. 342, devem considerar-se meramente explicitantes. (...) O poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz

²⁴⁵ PIERO CALAMANDREI, “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 231.

²⁴⁶ “A ideologia no processo civil”, in: *Revista da AJURIS*, vol. 23, p. 21.

²⁴⁷ No sentido do texto: PIERO CALAMANDREI, “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 232. O autor lembra que o princípio inquisitório exige que o juiz, ainda que tenha diante de si duas partes, busque a verdade independentemente da provocação daquelas. Tal princípio não se confunde com a forma inquisitória (juiz também é o autor da ação) em oposição à forma acusatória. Assim, embora tenhamos a vigência da forma acusatória no processo penal, há incidência do princípio inquisitório (idem, p. 251).

²⁴⁸ Veja-se, a propósito, com visão crítica do instituto: GERALDO PRADO, *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*.

²⁴⁹ “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estudios sobre el proceso civil*, p. 236.

²⁵⁰ LUCIANA AMIUCCI CAMPANELLI, *Poderes Instrutórios do juiz e a isonomia processual*, p. 66-67.

tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão.”²⁵¹

Parece que nos conflitos entre particulares, toda manifestação do princípio inquisitivo deve estar prevista em lei, porque a regra é o princípio dispositivo, expressão da liberdade; ao revés, o princípio inquisitório terá incidência quando estiver em jogo algum direito indisponível. Embora a regra do art. 130, já citada, confira, aparentemente, amplos poderes de investigação ao magistrado, parece que o sistema recomenda que a norma tenha uma interpretação diferenciada, quer se trate de direitos disponíveis, quer se trate de direitos indisponíveis, de acordo com a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, o princípio dispositivo cede o lugar ao inquisitório, no qual tem ênfase a regra de que o juiz deve julgar segundo a verdade real, e não segundo a verdade formal, que emerja do jogo de presunções fixadas na lei. Demonstração disto se encontra-se no art. 320, II, que retira da revelia a consequência presunção da verdade dos fatos afirmados pelo autor, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Da mesma maneira, o art. 351, que diz não valer como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.²⁵²

Realmente, não deve ficar ao capricho do magistrado determinar ou não a realização da instrução. Nas causas sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ter sempre caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes em caráter assistencial, justamente para não correr o risco de comprometer a sua imparcialidade.²⁵³ Assim, em casos de flagrante *desigualdade entre as partes* deve o magistrado exercer seus poderes de instrução, como ocorre, por exemplo, nos

²⁵¹ *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 56. Neste sentido: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 134.

²⁵² *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 5.

²⁵³ Neste sentido: MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, p. 465-467. LEONARDO GRECO, “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, item 5; e também ENRICO TULLIO LIEBMAN, “Fondamento del principio dispositivo”, in: *Problemi del processo civile*, Milano: Morano, 1962, p. 15-17, embora rejeite o critério da (in)disponibilidade do direito para fins de atribuição de poderes de instrução ao magistrado; Contra, afirmando que a imparcialidade não é atingida: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 106-114; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 102; *Teoria Geral do Processo*, p. 414-415. Estes autores entendem que a produção de provas não é monopólio das partes e que o princípio dispositivo não possui qualquer ligação com a instrução da causa. Uma terceira solução é apresentada por AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, vol. 44, p. 167 e ss., entendendo, a partir de uma concepção publicista, que para que a imparcialidade do juiz seja preservada e compatibilizada com a busca da verdade, imprescindível será a entrega de poderes investigatórios ao Ministério Público, devendo este intervir em todas as causas.

juizados especiais, quando a parte comparece sem advogado. LEONARDO GRECO sintetiza a melhor doutrina, nestes termos:

“nas causas que versam sobre direitos disponíveis, o respeito ao princípio dispositivo é regra salutar que protege a imparcialidade do juiz, todavia, não é regra absoluta, pois o juiz deve abandoná-la e tomar a iniciativa de produzir provas sempre que for necessário assegurar *in concreto* a paridade de armas, assim como evitar que as partes se distanciem da verdade objetiva.”²⁵⁴

Assim, duas situações devem ser observadas para a aplicação do princípio inquisitório: a) indisponibilidade do direito material; b) situação de desigualdade entre as partes. Esses casos autorizam a incidência plena do referido princípio no que tange os poderes probatórios do magistrado, sendo irrelevante a regra contida no art. 282, VI do Código de Processo Civil, que prescreve como requisito da petição inicial a *indicação das provas* com as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Vale dizer que, uma vez alegados os fatos, o juízo deve investigá-los de ofício, não podendo rejeitar de plano a petição inicial insuficientemente instruída. Não poderá, no entanto, ir o magistrado além dos fatos deduzidos.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,²⁵⁵ afastando-se de um publicismo radical, ensina que o processo, em razão de sua instrumentalidade, deixa-se influenciar pelo direito material que é fundamento da demanda, de forma que a presença do *direito disponível* afeta a reação da parte e do próprio juiz, que dependem das opções tomadas pela outra parte; já a existência de *direito indisponível* não inibe a atividade judicial mesmo nos casos de inércia da parte interessada.

Nos sistemas liberais, o juiz não pode condenar a Administração ou o particular por fatos diversos daqueles que foram levados em juízo. Curioso notar que os países que aboliram o princípio da disponibilidade das provas mantêm, em contrapartida, o princípio da disponibilidade da parte em tema de alegações. A razão, segundo MAURO CAPPELLETTI,²⁵⁶ é que tais princípios operam em planos radicalmente diversos: enquanto o primeiro expressa uma concepção publicista do fenômeno processual, o segundo cuida de uma concepção muito mais radical, qual seja, a desprivatização do direito material.

Assim, é de reconhecer que o juiz do contencioso judicial administrativo deve ter uma postura diferente do juiz do processo civil, porque enquanto este decide, em regra, sobre direitos disponíveis entre partes iguais; no contencioso judicial administrativo a desigualdade das partes e a

²⁵⁴ “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, p. 465-466.

²⁵⁵ *A Instrumentalidade do processo*, p. 135.

²⁵⁶ “Iniciativas probatorias del juez y bases prejuridicas de la estructura del proceso”, in: *La oralidad e las pruebas em el proceso civil*, p. 122.

indisponibilidade do direito material constituem a regra. O cidadão, que deduz em juízo uma *situação jurídica* perante uma Administração Pública forte, detentora de prerrogativas materiais e processuais, deve fazer jus a uma tutela judicial efetiva, não podendo o juiz permitir qualquer afronta à isonomia processual.

7. Concepção objetiva e subjetiva de Justiça Administrativa: primazia dos direitos fundamentais ou supremacia do interesse público?

Neste tópico verificar-se-ão as bases ideológicas do Direito Administrativo e a sua influência no modelo de Justiça Administrativa. A doutrina brasileira pretendeu fundar as bases do Direito Administrativo pátrio em uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular.²⁵⁷ Vejamos as palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“A ordem jurídica, é natural, dispensa tratamentos diferentes aos interesses públicos e privados. Pode-se mesmo dizer que a sobrevivência e garantia dos últimos dependem da prevalência dos primeiros.”²⁵⁸

O mesmo autor ensina que da posição privilegiada que a Administração goza em relação aos particulares, decorre: 1) a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; 2) prazos especiais de prescrição; 3) o benefício de prazos maiores em processo judicial; 4) a transferência ao particular do ônus da prova nas situações em que o Poder Público é réu.²⁵⁹

Na mesma linha, encontra-se JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO, sustentando que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, deverá o interesse público prevalecer, porque pelo primado do interesse público, “o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade.”²⁶⁰

MARIA SYLVIA DI PIETRO deixa escapar que esses atributos do ato administrativo, assim como todas as outras prerrogativas do Estado, “são inerentes à idéia de poder como um dos

²⁵⁷ PAULO RICARDO SCHIER, “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 218.

²⁵⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 381.

²⁵⁹ *Idem*, p. 60-61. Veja-se o nosso trabalho: *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁶⁰ *Manual de Direito Administrativo*, p. 20-21.

elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular”.²⁶¹

Os efeitos da adoção de tal princípio são desastrosos para a promoção dos direitos fundamentais. Nesta linha, explica PAULO RICARDO SCHIER:

“a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado.”²⁶²

Onde está o fundamento de tal princípio? Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.”²⁶³

Na Alemanha, o problema se plasmou na seguinte indagação: o escopo do contencioso judicial administrativo resume-se à tutela da legalidade objetiva, ou, ao revés, presta-se à proteção do indivíduo? Por muito tempo, vingou a concepção prussiana comprometida em assegurar a inviolabilidade do ordenamento jurídico. Apenas com a promulgação da Lei Fundamental alemã de 1949 que se consagrou, definitivamente, a idéia referente à tutela judicial do indivíduo.²⁶⁴

SEABRA FAGUNDES há tempos já dizia que “a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.”²⁶⁵ Também GERALDO ATALIBA ao ensinar que o Estado é um ser ético e que existe para servir à sociedade e ao homem, sustentava que “não se podem deprimir os direitos individuais, invocando nenhum tipo de interesse público, por mais elevados que possam parecer”.²⁶⁶ REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA²⁶⁷ explica que “a doutrina do direito administrativo europeu, que serviu de base para a nossa, foi forjada sobre a ideologia dos estados fortes e calcados na existência de ditaduras de direita”, de modo que o indivíduo era mero ponto de incidência de normas jurídicas. Hoje, ao revés, o Direito Público deve partir da idéia da proteção do indivíduo contra o Estado.

²⁶¹ *Direito Administrativo*, p. 191.

²⁶² “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 218-219.

²⁶³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 87.

²⁶⁴ Cf. KARL-PETER SOMMERMANN, “La Justicia Administrativa Alemana”, p. 38.

²⁶⁵ *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, cap. III, Segunda Parte, p. 134.

²⁶⁶ “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, vol. 271, p. 5.

²⁶⁷ “A proteção da boa-fé no Direito Administrativo”, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 688, p. 268.

Felizmente, há uma renovação na doutrina pátria, que aponta para a substituição do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pelo *primado dos direitos fundamentais*.²⁶⁸ Com um tom provocativo, PAULO RICARDO SCHIER tece a seguinte observação:

“pela compreensão da Constituição como sistema, então, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar de hierarquia. Repise-se, pois, que se a Lei Fundamental, em algumas situações, ponderando princípios e direitos *in abstracto*, reconhece previamente a *prevalência* (jamais supremacia) de *alguns* interesses públicos, aí não está a autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. Se assim fosse, isto não explicaria os casos em que o texto fundamental faz a opção diversa; quando, ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra. Em tais situações por que então não se falar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público?”²⁶⁹ (grifos do autor)

Com efeito, o autor extrai a ilação de que no conflito entre interesses público e privado:

“Quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. É assim que funciona nos Estados Democráticos de Direito. Deste modo, *a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público*”²⁷⁰ (grifos do autor).

²⁶⁸ Assim, por exemplo, DEMIAN GUEDES, “A Presunção De Veracidade Dos Atos Da Administração Pública e o Processo Administrativo: O Dever De Fiscalizar Provando”, *in: Interesse Público*, vol. 35, p. 99 e 122.

²⁶⁹ “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, *in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 233.

²⁷⁰ “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, *in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 234.

Ensina JUAREZ FREITAS que, na atualidade, desenvolve-se o *primado dos direitos fundamentais* nas relações administrativas, aparecendo o cidadão menos como súdito e mais como protagonista.²⁷¹ Não obstante, a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – que cuida do processo administrativo – reza em, seu art. 2º, que a Administração Pública obedecerá dentre outros princípios o *interesse público*. Muito cuidado ter-se-á de observar na aplicação desse dispositivo, uma vez que encerra conceito jurídico indeterminado. Há autores, como JOSÉ CARVALHO DOS SANTOS FILHO, que ao comentar tal artigo assevera: “o que merece relevo é o fato de que a supremacia do interesse público constitui postulado fundamental da Administração. Se há rota de colisão entre um interesse público e um interesse privado, é aquele que deve prevalecer”.²⁷²

Parece que uma supremacia absoluta do interesse público deve ser vista com alguma cautela. Basta pensar na hipótese de haver risco de deslizamentos em estrada que se situa entre dois morros, utilizada por alguns particulares para chegarem até a sua residência. Impedir a modificação do meio ambiente sob o argumento do interesse público em detrimento da segurança dos cidadãos afigurarse-ia autoritário.

Seja como for, fato é que a principiologia de direito público acaba influenciando o modelo de justiça. O século XIX, a partir da codificação napoleônica, parece ter sido a época do culto à lei, na qual o Poder Legislativo ocupava lugar de destaque. O século XX foi marcado pelo Poder Executivo, com o modelo de Estado-Providência (*Welfare State*) de índole paternalista, que em nome do interesse público sabia o que era melhor para o seu súdito. Com a crise deste modelo, tudo leva a crer que o século XXI seja o do Poder Judiciário, mas não para cumprir as promessas paternalistas do Estado-Providência na figura do juiz-hércules ou do juiz super-homem, mas para assegurar o primado dos direitos fundamentais. Aí sim estar-se-á muito próximo do “século dos cidadãos”. Ensina LEONARDO GRECO, a propósito:

“O Código de 1.973 representou no Brasil uma das últimas manifestações de crença na infalível supremacia do interesse público sobre o interesse particular e na excelência do Estado-Providência, paternalista e interventivo. Esse modelo, que desmoronou em toda a Europa continental desde o término da 2ª Grande Guerra, porque se tornou instrumento dócil dos piores regimes autoritários, pregava o abandono do princípio dispositivo e a outorga ao juiz de amplos poderes de determinar de ofício todas as provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo nas causas que versassem sobre interesses disponíveis. Foi essa a fonte de inspiração do artigo 130 do Código de 73, que reproduziu o artigo 117 do Código de 39, acreditando que a outorga de poderes inquisitórios ao juiz pudesse contribuir para a certeza da busca da verdade objetiva e de decisões mais justas. Essa crença no *juiz-super homem* desapareceu por completo. Se é correto que o simples entrechoque dos

²⁷¹ *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 28.

²⁷² *Processo Administrativo Federal*, p. 58.

fatos e provas apresentados pelas partes não assegura a descoberta da verdade, porque cada uma das partes tende a revelar apenas as circunstâncias que lhe são favoráveis, por outro lado, a busca frenética da verdade absoluta pelo juiz, além de comprometer a sua imparcialidade e de cercear a liberdade individual, não garante que o resultado obtido seja melhor do que o que teriam alcançado os próprios interessados.”²⁷³

Esta mudança de perspectiva reflete hoje na Justiça Administrativa portuguesa, principalmente depois da Revisão Constitucional de 1989 que, conforme informa VASCO PEREIRA DA SILVA, significou o golpe final da “concepção actocêntrica” do Direito Administrativo, “que via o contencioso administrativo como uma realidade objectiva e limitada à verificação da legalidade, enquanto que agora particular e administração passam a ser considerados como sujeitos processuais, num processo de partes, que tem como *principal objectivo a protecção de direitos individuais*” (grifamos).²⁷⁴

O exemplo alemão, da tutela dos direitos subjetivos, que inspira não só Portugal,²⁷⁵ mas diversos outros países do bloco europeu, constitui hoje o paradigma vigente,²⁷⁶ e coloca em cheque o culto da autoridade e da legalidade objetiva do movimento publicista.

Não se pense, porém, que toda esta perspectiva garantista se realiza ao arpejo da lei. Tampouco se sustenta aqui o fetichismo da lei. O que se propõe é que os limites e a a leitura da lei sejam feitos pelo primado dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Poderá o Estado, assim, realizar os seus verdadeiros fins, que são a promoção e tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Por isso, diz-se que em primeiro plano está o cidadão, os seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e só depois a lei, a ordem jurídica e até os limites orçamentários que não podem sobrepor-se, por exemplo, à tutela da vida.²⁷⁷ O Estado não pode deixar de salvar seus cidadãos, portadores de grave enfermidade, com o argumento da “reserva do possível”, devendo a alegada dificuldade financeira não só ser provada pelo ente público, mas também deve este demonstrar que o orçamento não pode, concretamente, destinar verbas de outras áreas menos importantes.

²⁷³ “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, item 5.

²⁷⁴ *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, p. 80.

²⁷⁵ Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, p. 6: “salta-se do tradicional *modelo francês* de contencioso administrativo para um modelo mais próximo do *modelo alemão* de jurisdição administrativa.”

²⁷⁶ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma”, in: *Revista de Direito Público*, vol. 91, *passim*.

²⁷⁷ MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ SLAIBI, “Direito Fundamental à Saúde – Tutela de Urgência”, in: *Doutrina*, vol. 14, p. 45, lembra que o argumento de que o Estado não pode realizar despesas sem previsões orçamentárias é verdadeiro no que toca o orçamento fiscal, mas não no que concerne ao orçamento da seguridade social, nos termos dos arts. 165, §5º, III; 196 e 197 da Constituição brasileira de 1988.

Não se defende aqui a vitória do cidadão no processo a qualquer preço, porque isto seria cair no extremo oposto. O processo justo deve sê-lo para o particular e também para a Administração.²⁷⁸ Nessa ordem de idéias, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES defende um contencioso judicial administrativo que assegure não só as garantias do cidadão, mas também as garantias da Administração, nestes termos:

“o modelo de justiça administrativa deve assegurar não só a ‘garantia’ da Administração como a ‘garantia’ dos particulares. A juridicidade da actividade administrativa garante naturalmente a tutela das posições jurídicas substanciais e procedimentais dos particulares, mas inclui também a correcta prossecução do interesse público, a cuja tutela deve corresponder um direito fundamental da Administração e não apenas um dever” (grifos nossos).²⁷⁹

Com efeito, o autor argumenta haver equívoco em considerar-se que de um lado da relação está sempre uma Administração forte, um centro de poder, e, de outro, um sujeito débil mercedor de tutela – o que caracteriza um “hipergarantismo ingênuo”.²⁸⁰

De fato, na realidade brasileira encontram-se municípios com fracas Administrações, em especial os do interior, o que contrasta, por exemplo, com as Administrações das grandes capitais. Mas será que todas essas prerrogativas do Poder Público em juízo no Brasil se justificam em virtude das desigualdades regionais ou isto é apenas pretexto para que nunca seja efetivada a paridade de armas, a tutela judicial efetiva e demais corolários do devido processo legal?

A ciência moderna deve romper com a separação entre *episteme* (saber teórico) e *téchne* (saber aplicado), de forma a integrar o discurso científico à técnica, sob pena de manutenção do *status quo* e inviabilização do progresso científico.

No modelo de justiça predominantemente subjetiva existem corolários inarredáveis da primazia dos direitos fundamentais: a) fim dos privilégios processuais conferidos a determinada parte sem justificativa, em nome da isonomia processual; b) fim do efeito processual de inversão do ônus da prova a favor do Poder Público decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos, em razão da vulnerabilidade do cidadão.

8. Conclusões

²⁷⁸ SCHMIDT-AßMANN, *in*: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 31, p. 33.

²⁷⁹ *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, p. 72.

²⁸⁰ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, p. 74-75.

Nos conflitos entre particulares, toda manifestação do princípio inquisitivo deve estar prevista em lei, porque a regra é o princípio dispositivo, expressão da liberdade; ao revés, o princípio inquisitório terá incidência quando estiver em jogo algum direito indisponível. Embora a regra do art. 130 do Código de Processo Civil confira, aparentemente, amplos poderes de investigação ao magistrado, parece que o sistema recomenda que a norma tenha uma interpretação diferenciada, quer se trate de direitos disponíveis, quer se trate de direitos indisponíveis. Nas causas sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ter sempre caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes em caráter assistencial, justamente para não correr o risco de comprometer a sua imparcialidade.

Deve ser repudiada a distinção entre verdade formal e verdade material, em especial para diferenciar o processo civil do processo penal. A verdade que se busca no processo, se é que pode ser assim qualificada, é a “verdade processual”, a qual forma no julgador a “convicção de certeza”. Se a “verdade processual” – que é meio para a realização do processo justo – não for encontrada (porque os fatos permanecem controversos), valerá a decisão de acordo com as regras do ônus da prova (objetivo). Neste caso, pouco importará que a verdade tenha sido encontrada, porque este é o preço que se paga pelo processo justo. Ora, o processo judicial deve ser qualificado como justo sempre que ele torne possível a busca da verdade; e não só quando ele a encontre.

A doutrina brasileira pretendeu fundar as bases do Direito Administrativo pátrio em uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Saber qual o escopo do contencioso judicial administrativo – tutela da legalidade objetiva ou proteção do indivíduo – é fundamental para compreender se a prioridade estatal é a tutela dos direitos fundamentais. No modelo de justiça predominantemente subjetiva, em que o cidadão (e não o ato administrativo) ocupa lugar de destaque, existem corolários inarredáveis da primazia dos direitos fundamentais: a) fim dos privilégios processuais conferidos a determinada parte sem justificativa, em nome da isonomia processual; b) fim do efeito processual de inversão do ônus da prova a favor do Poder Público decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos, em razão da vulnerabilidade do cidadão.

9. Referências bibliográficas

ABEL LLUCH, Xavier; PICO I JUNOY, Joan (coord.), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Barcelona: Bosch, 2003.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO, Niceto. “Autoridad y Libertad en el proceso civil”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1974, Tomo II.

_____. “Liberalismo y Autoritarismo en el proceso”, in: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1974, Tomo II.

ALVIM, José M. de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

ALVIM, Teresa Arruda. “Reflexões sobre o ônus da prova”, in: *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*, coord.: José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Lisboa: Almedina, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Justiça Administrativa (Lições)*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, Almedina, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in: Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARIANO DEHO, Eugenia. “En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ATALIBA, Geraldo. “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, julho-agosto-setembro de 1980, vol. 271.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “El neoprivatismo en el proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, abril/junho de 1999, vol. 94,

_____. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, in: *Participação e Processo*, coord.: Ada Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988.

BAUMBACH, Otto von. “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, V, 1938.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.

BENVENUTI, Feliciano. *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova: Cedam, 1953.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 3.

_____. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

_____. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 2.

_____. *O Poder Público em juízo*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “A emergência do Direito Processual Público”, in: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, org.: Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo: Malheiros, 2000.

CALAMANDREI, Piero. “Processo e Democrazia”, in: *Opere Giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, Morano Editore, 1965, vol. I.

_____. “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, in: *Estúdios sobre el proceso civil*, trad.: Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

_____. “Abolizione del processo civile?”, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”, in: *A Nova Reforma Processual*, coord. Gustavo Santana Nogueira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, outubro de 2005, vol. 31, p. 11.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001.

CAMPANELLI, Luciana Amiucci. *Poderes Instrutórios do juiz e a isonomia processual*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, Trad.: Hiltomar M. Oliveira, Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

_____. “A ideologia no processo civil”, in: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, novembro de 1981, vol. 23.

_____. “Iniciativas probatorias del juez y bases prejuristicas de la estructura del proceso”, in: *La oralidad e las pruebas en el proceso civil*, Trad.: Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972.

CARANTA, Roberto; FERRARIS, Laura; RODRIGUEZ, Simona. *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 2ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2005.

CARINGELLA, Francesco. *Corso di Diritto Processuale Amministrativo*, 2. edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *La prove civile*, Milano: Giuffrè, 1992 (ristampa).

CARVALHO, Márcia Cunha S.A. de. “A Constituição Federal e o Princípio do Juiz Ativo”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de M. Netto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Processo Administrativo Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in: Daniel Sarmento (org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CIPOLLA, Giuseppe Maria. *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova: CEDAM, 2005.

CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____. “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

COSTA, José Augusto Galdino da. *Princípios Gerais no Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Nota Dez, fevereiro de 2001, vol. 280.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo: 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do Garantismo Penal*, Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo Malheiros Editores, 2004.

GALLO, Carlo Emanuele. “L’istruttoria processuale”, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Milano: Giuffrè, 2000, tomo IV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Justicia Administrativa en el cambio de siglo”, in: *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, n. 48.

_____. “La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma”, in: *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, julho-setembro de 1989, vol. 91.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentários a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2003, vol. II.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008, n. 164.

_____. “A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil”, in: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*, org.: Leonardo Greco e Fernando Gama de M. Netto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. “O conceito de prova”, in: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”, in: *Revista Jurídica*, março de 2003, vol. 305.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUEDES, Demian. “A Presunção De Veracidade Dos Atos Da Administração Pública e o Processo Administrativo: O Dever De Fiscalizar Provando”, in: *Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, janeiro/fevereiro de 2006, vol. 35.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “A Reforma Processual e a missão do advogado”, in: *Processo Oral*, Rio de Janeiro: Forense, 1940.

HUFEN, Friedhelm. *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Auflage, München: C.H. Beck, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. “O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1986, vol. 44.

KOPP, Ferdinand O.; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Verwaltungsgerichtordnung*, 13. Auflage, 2003.

KÖHLER-ROTT. *Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten*, München: VVF, 1997.

KUNTZE, Stefan. Kommentierung zu §86 VwGO, in: *Verwaltungsgerichtordnung*, Hrsg: Johann Bader *et alii*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”, in: *Problemi del processo civile*, Milano: Morano, 1962.

LIPARI, Marco. “I principi generali dell’Istruttoria nel processo amministrativo” dopo la L. n. 205 del 2000”, in: *Diritto Processuale Amministrativo*, Marzo - 2003, fascicolo I.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, Mayo-Agosto de 2003, Número 107, p. 531/557.

_____. *Estudio Jurisprudencial de los Poderes del Juez civil en Materia Probatoria*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2006.

LORENZ, Dieter. *Verwaltungsprozessrecht*, Berlin: Springer, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: RT, 2006.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, vol. 5, Tomo I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas: Millennium, 2000, vol. II.

MARRERO FRANCÉS, Ignacio *et alii*. “Análisis del art. 429, I, II y III LEC”, in: *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, coord. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junio, Barcelona: Bosch, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDONÇA, Luis Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”, in: *Julgar*, Portugal: Coimbra Editora, Janeiro/Abril de 2007, n. 1.

_____. “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, atualização: Sérgio Bermudes, 3ª ed., 6ª tir., 1998, tomo II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro de 2008, n. 165.

MONTELEONE, Girolamo. “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un “revisionista”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MONTERO AROCA, Juan “El proceso civil llamado “social” como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____. *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., Madrid: Civitas, 2002.

_____. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. “Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal”, in: *Revista Forense*, fevereiro de 1993, vol. 271.

PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos”, in: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Grinover, Aluisio Mendes e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1.

_____. “Contra o processo autoritário”, in: *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1960, vol. 1.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHILKEN, Eberhard. *Zivilprozessrecht*, 4. ed., Köln: Carl Heymanns, 2002.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 4, München: C.H. Beck, Februar 2003.

SCHULTZENSTEIN, Max. “Die Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten”, in: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Hrsg.: Max Schultzenstein e F. Vierhaus, 1913, Band. 43.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

SILVA, Ovídio Batista da. *Processos e Ideologia*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, vol. 1.

SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Lisboa: Almedina, 2000.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. “Direito Fundamental à Saúde – Tutela de Urgência”, in: Carlos Tubenclak (coord.), *Doutrina*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2003, vol. 14.

SOMMERMANN, Karl-Peter. Art. 20 Abs. 3, in: *Das Bonner Grundgesetz* [separata], 4. Auflage, Hrsg. Christian Starck, München: Franz Vahlen, 2000.

_____. “La Justicia Administrativa Alemana”, in: *La Justicia Administrativa em el Derecho Comparado*, Civitas, 1992.

TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992.

TETTINGER/WAHRENDORF, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

_____. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “Os Princípios do Processo Administrativo Fiscal”, in: *Processo Administrativo Fiscal*, coord.: Valdir Rocha, São Paulo: Dialética, 1999, vol. 4.

VERDE, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, in: *Proceso Civil e Ideología*, coord.: Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

WOLFF, Heinrich Amadeus; DECKER, Andreas. *VwGO/VwVfG*, München: C.H. Beck, 2005.

A REPERCUSSÃO GERAL NO STF E OS DIREITOS HUMANOS

THE GENERAL REPERCUSSION IN THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL AND THE HUMAN RIGHTS

ALEXANDRE DANTAS

RESUMO

A pesquisa pretende inicialmente identificar o instituto da repercussão geral e o objetivo com sua implementação. Uma análise da divulgação das decisões sobre repercussão geral, bem como, das normas e formalidades despendidas no Supremo. A realização deste trabalho vem apontar o papel cêntrico que os direitos humanos exercem no prosaetrio atual, dando relevância à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Chega-se à conclusão que a questão processual é de suma importância para o tema da repercussão geral em todo o trâmite até a decisão final sobre sua existência ou não. A metodologia utilizada foi a pesquisa de campo, indo ao Supremo Tribunal Federal, legislativa, bibliográfica e consultiva ao sítio eletrônico do STF.

Palavras-chave: Repercussão geral; direitos humanos; Supremo; legislação apropriada.

ABSTRACT

The research initially intends to identify the institute of general repercussion and the objective with its implementation. An analysis of the decisions divulgation about general repercussion, as well, the norms and formalities spend at Supreme. The realization of this work comes to point out the central rule that the human rights practice at the present proscaetrio, giving relevance to the American Convention about Human Rights. Get to the conclusion that the proceeding question is very important for the general repercussion theme in all the procedure until the end. The methodology used was the field research, going to the Supreme Federal Tribunal, bibliography and consultative at the STF's site.

Key-words: General repercussion; human rights; Supreme; appropriate legislation.

Atribuir a alguém um direito significa reconhecer que ele tem a faculdade de fazer ou não fazer algo conforme seu desejo e também o poder de resistir, recorrendo, em última instância, à força (própria ou

dos outros), contra o eventual transgressor. (Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, p. 11.)

INTRODUÇÃO

A problemática em torno da morosidade e consequente falta de efetividade da Justiça brasileira é tema notório e, deve-se dar relevo à Corte Suprema do país, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna e dos Direitos Humanos; até 2007, a mais alta corte era um rego desprovido de filtro, ao invés de concentrar sua atuação no julgamento de causas de maior relevância, julgava até briga de vizinhos²⁸¹, o que acabava por acarretar em ineficiência operacional. Foi tentando dirimir este entrave que o Estado promoveu a chamada “reforma do Poder Judiciário”, através da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que criou a figura jurídica da repercussão geral, o filtro que faltava ao STF.

Como o mecanismo da repercussão geral ainda é recente, pesquisando pelo sítio eletrônico do Supremo²⁸², somente um processo²⁸³ envolvendo direitos humanos²⁸⁴ é encontrado. Este envolve prisão civil, direitos humanos e tratados internacionais sobre direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988, ao contemplar a pessoa humana com uma vasta lista de direitos e garantias fundamentais dispôs em seu art. 5º, LXVII a vedação da prisão civil por dívidas, permitindo tal constrição excepcionalmente em dois casos: pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.

O STF firmou o entendimento de que o §3º do art. 5º da Constituição (introduzido pela EC 45/2004) confere status de norma constitucional a tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Destarte, utilizando-se a distinção feita por Pérez Luño²⁸⁵, para quem “nem todo direito humano é um direito fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico positivo: mas ao inverso, não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano”, o STF acaba por criar a figura dos “direitos fundamentais

²⁸¹ Por exemplo: RE 91659 julgado em 1983, HC 82895 julgado em e 2003.

²⁸² Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudenciaRepercussao.asp>> Acesso em 06 de agosto de 2009.

²⁸³ Fala-se em processo genericamente, pois só se submete o recurso extraordinário à análise da repercussão geral, em Plenário Virtual ou por Questão de Ordem no Plenário.

²⁸⁴ RE/562051 julgado em 16/06/2009.

²⁸⁵ PÉREZ LUÑO, 1995. p. 521.

atípicos”²⁸⁶, ou seja, direitos humanos que não estão positivados na Constituição nacional, mas que são reconhecidos como tal.

Procura-se desse modo, com o presente trabalho, entender o princípio da repercussão geral, seu funcionamento e o modo pelo qual o STF dá publicidade aos atos a ele atinentes, bem como destacar a importância dos direitos humanos no prosclênio atual.

1 – REPERCUSSÃO GERAL

1.1 – DEFINIÇÃO E FUNCIONAMENTO

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu entre os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários a exigência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, regulada mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As características do novo instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

Neste sentido, esta sistematização de informações destina-se a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.

1.1.1 - NOS TRIBUNAIS E TURMAS RECURSAIS DE ORIGEM

a. Verifica-se se o recurso extraordinário trata de matéria isolada ou de matéria repetitiva (processos múltiplos).

a.1. Quanto às matérias isoladas, realiza-se diretamente o juízo de admissibilidade, exigindo-se, além dos demais requisitos, a presença de preliminar de repercussão geral, sob pena de inadmissibilidade.

a.2. Quanto aos recursos extraordinários múltiplos:

a.2.1. Selecionam-se em torno de três recursos extraordinários representativos da controvérsia, com preliminar de repercussão geral e que preencham os demais requisitos para sua

²⁸⁶ GOUVEIA, 1995.

admissibilidade, os quais deverão ser remetidos ao STF, mantendo-se sobrestados todos os demais, inclusive os que forem interpostos a partir de então (§ 1º do art. 543-B do CPC). Não há necessidade de prévio juízo de admissibilidade dos recursos que permanecerão sobrestados.

a.2.2. Se a seleção ainda não foi feita para um assunto específico, mas já houve pronunciamento do STF quanto à relevância do assunto, em outro recurso, desnecessária a remessa de recursos representativos da mesma controvérsia, podendo ocorrer o imediato sobrestamento de todos os recursos extraordinários e agravos de instrumento sobre o tema.

b. Proferida a decisão sobre repercussão geral, surgem duas possibilidades:

b.1. se o STF decidir pela inexistência de repercussão geral, consideram-se não admitidos os recursos extraordinários e eventuais agravos interpostos de acórdãos publicados após 3 de maio de 2007 (§ 2º do art. 543-B do CPC);

b.2. se o STF decidir pela existência de repercussão geral, aguarda-se a decisão do Plenário sobre o assunto, sobrestando-se recursos extraordinários anteriores ou posteriores ao marco temporal estabelecido;

b.2.1. se o acórdão de origem estiver em conformidade com a decisão que vier a ser proferida, consideram-se prejudicados os recursos extraordinários, anteriores e posteriores (§3º do art. 543-B do CPC);

b.2.2. se o acórdão de origem contrariar a decisão do STF, encaminha-se o recurso extraordinário, anterior ou posterior, para retratação (§3º do art. 543-B do CPC).

1.1.2 - COLETÂNEA DE DECISÕES ORIGINADAS DE SESSÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS

A) VIGÊNCIA DO INSTITUTO

I – delimitação temporal da incidência do novo regime – 3 de maio de 2007. A exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. (AI-QO 664567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

II – possibilidade de sobrestamento, retratação e inadmissibilidade na origem, de recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007, se a matéria tiver repercussão geral.

Apreciada e reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a relevância de determinada controvérsia constitucional, aplicam-se igualmente aos recursos extraordinários anteriores à sistemática da repercussão geral os mecanismos previstos nos parágrafos 1º e 3º do art. 543-B, do CPC (sobrestamento, retratação, reconhecimento de prejuízo). Expressa ressalva quanto à inaplicabilidade, nessa hipótese, do teor do parágrafo 2º desse mesmo artigo, que trata da negativa de processamento fundada em ausência de repercussão geral.

Os agravos de instrumento ora pendentes no Supremo Tribunal Federal serão por este julgados.

Ficam autorizados os tribunais, turmas recursais e turmas de uniformização a adotarem, quanto aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados anteriormente a 03.05.2007 e aos seus respectivos agravos de instrumento, os mecanismos de sobrestamento, retratação e declaração de prejuízo, previstos no art. 543-B, do CPC. (AI-QO 715.423, Rel. Ministro Gilmar Mendes)

III – possibilidade de devolução para sobrestamento, retratação e inadmissibilidade na origem, dos recursos extraordinários já distribuídos e interpostos de acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007, se a matéria tiver repercussão geral.

Os Recursos Extraordinários já distribuídos, interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007, poderão ser devolvidos para sobrestamento, retratação ou reconhecimento de prejuízo na origem, desde que a questão constitucional neles suscitadas tenha repercussão geral reconhecida (RE-QO 540.410, Rel. Ministro César Peluso).

B) QUESTÕES CONSTITUCIONAIS AINDA NAO DECIDIDAS OU SEM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STF

I – Possibilidade de apreciação da repercussão geral via Plenário Virtual.

A apreciação da presença ou não da repercussão geral das questões constitucionais ainda não decididas ou sem jurisprudência dominante no STF dar-se-á pelo Plenário Virtual (artigos 323 e seguintes, do RISTF).

II – Possibilidade de apreciação da repercussão geral via Questão de Ordem.

Em havendo necessidade, o relator do recurso poderá suscitar o exame da repercussão geral das matérias ainda não decididas, por questão de ordem, no Plenário Presencial (AI-QO 664567/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, AI-QO 715.423, Rel. Ministra Ellen Gracie).

C) PRESUNÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL

Exigência de preliminar formal de repercussão geral no recurso, ainda que a decisão na origem seja contrária à entendimento dominante no STF, ou que o tema de fundo tenha sido considerado relevante em outro processo.

Ainda que a matéria do recurso tenha sido considerada de repercussão geral em outro processo ou que decisão na origem seja contrária à jurisprudência dominante no STF, situação em que a lei presume a existência de repercussão geral, não fica a parte dispensada de formular a preliminar formal correspondente, nem deve o tribunal de origem, à falta deste requisito objetivo, dar trânsito ao recurso, presumindo a respectiva presença. Cabe apenas ao STF o exame material da repercussão geral (RE-AgReg 569.476, Rel. Min. Ellen Gracie)

Não é o recurso ou o acórdão de origem, mas a questão constitucional suscitada que terá ou não repercussão geral.

Ainda que a lei presuma a presença da repercussão geral sempre que a decisão na origem for contrária a entendimento dominante no STF, é conveniente que se submeta, ao colegiado, a análise de repercussão geral e a eventual reafirmação da jurisprudência, evitando-se que decisões monocráticas ou de turma se sucedam indefinidamente sobre os mesmos temas e que ocorram eventuais interpretações divergentes sobre o que configura jurisprudência dominante. Assim, antes da utilização, pelo Relator, da faculdade que decorre do art. 557 do CPC (decisão monocrática), é importante que a matéria seja examinada, quanto à repercussão geral, pelo Plenário, garantindo-se os efeitos objetivos que daí decorrem sobre o novo controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, evitando que permaneçam sendo remetidas ao STF as mesmas questões constitucionais (RE-QO 479.431, RE-QO 582.650, RE-QO 582.108, Rel. Ministra Ellen Gracie).

Só haverá os efeitos da repercussão geral se a decisão for do Plenário²⁸⁷.

1.1.3 - QUESTÕES PRÁTICAS QUANTO AO ACOMPANHAMENTO DAS DECISÕES DA REPERCUSSÃO GERAL

As decisões do STF sobre Repercussão Geral serão publicadas no Diário da Justiça Eletrônico sob a rubrica Repercussão Geral, em área especialmente destinada a este fim.

Uma vez publicadas, as decisões também ficarão disponíveis no portal do STF, no menu Jurisprudência, item Repercussão Geral.

Os Tribunais poderão acompanhar o andamento dos julgamentos no Plenário Virtual, através de canal de comunicação específico, em área reservada no portal do STF, endereço www.stf.gov.br/portal/repercussaogeral, mediante prévio cadastramento. Esta é uma área de acesso restrito aos órgãos do Poder Judiciário.

²⁸⁷ Pode ser virtual ou presencial.

As experiências exitosas dos Tribunais no gerenciamento dos feitos sobrestados podem ser informadas ao STF, pelo mesmo canal de comunicação, para efeitos de compartilhamento com os demais órgãos.

O informativo do STF trará, semanalmente, os julgamentos sobre repercussão geral, em capítulo específico.²⁸⁸

No terceiro milênio, o mundo virtual está se sobrepondo ao o mundo real. Quando da consulta ao sítio eletrônico do STF, ficam algumas dúvidas quanto às manifestações dos ministros da corte, já que lá é informado que alguns ministros não se manifestaram e, dos que se manifestaram, somente duas manifestações podem ser visualizadas²⁸⁹. Fazendo-se a pesquisa de campo, indo à sede do STF em Brasília, constata-se que o sítio eletrônico é cópia fiel dos autos materiais, compulsando-se os autos também só se encontra duas manifestações sobre a repercussão geral da matéria suscitada no recurso.

A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal ou Turma Recursal de origem e do STF.

A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF.

1.1.4 - NORMAS REGULAMENTARES, MEDIANTE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL²⁹⁰

A) REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 13. São atribuições do Presidente:

V – despachar:

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo

Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários

e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por

incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar

formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja

destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

²⁸⁸ Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 20/07/2009.

²⁸⁹ Há um *link* para visualizar a manifestação.

²⁹⁰ STF, 2009. v.1. Regimento. I.

Art. 21. São atribuições do Relator:

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. (grifo nosso)

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão*, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (grifo nosso)

(* qualquer razão que não se refira ao instituto da repercussão geral)

(sempre que o Relator se manifestar sobre repercussão geral, deve submeter, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação)

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. (grifo nosso)

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa²⁹¹ do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. (grifo nosso)

Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso. (grifo nosso)

²⁹¹ Para a recusa do recurso é necessária a manifestação de dois terços dos ministros do STF (CF art. 102, §3º).

Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso.

Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329 .

Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. (grifo nosso)

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B , caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.

Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito. (grifo nosso)

B) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.²⁹²

²⁹² CF “art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (grifo nosso)

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

1.2 – OBJETIVO REVELADO

Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.²⁹³

Diminuir o número de processos recebidos pelo STF²⁹⁴, com isso, aumentar o tempo que os ministros têm para dedicar a cada causa, além de maior celeridade até o fim definitivo do processo.

2 - ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história afirmou a posição do Supremo Tribunal Federal como protetor dos direitos e garantias fundamentais. Mesmo com todos os obstáculos sociais, culturais e políticos, iniciou-se com os primeiros momentos republicanos, e a sobranceira mudança do modo de pensar aristocrático, para a afirmação contínua e progressiva da igualdade e da limitação dos poderes do Estado, com o conseqüente reconhecimento do papel central do Homem dentro da Constituição, bem como, da posição cardinal do Homem no Estado Democrático de Direito.

²⁹³ Finalidade do instituto Repercussão Geral prospectada no sítio eletrônico do STF. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 20/07/2009.

²⁹⁴ Segundo dados da revista VEJA, edição 2122 – ano 42 - n ° 29. São Paulo: Abril, 22 de julho de 2009. Até 2007 cada um dos onze ministros do STF recebia mais de 800 processos por mês, e o número de ações acumuladas à espera de julgamento chegava a 151.000, com o mecanismo da repercussão geral o números de novos processos recebidos mensalmente por ministro caiu para menos de 400 e o de ações à espera de julgamento teve uma redução de 29%.

O ser humano tornou-se o centro das preocupações a partir da segunda metade da década de 1990. O século XXI cobra, pois, a reconstrução do *jus gentium* como direito universal da humanidade a determinar limites ao legislador e ao intérprete da norma, ambos agentes estatais, classicamente imbuídos de defender os interesses do Estado, quando o momento histórico exige a supremacia da proteção do indivíduo. “Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.”²⁹⁵

O Supremo foi o centro político de históricos casos em seus primeiros anos, como o julgamento do *habeas corpus* nº 300, ajuizado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892, em favor do almirante Eduardo Wandenkolk, senador da República pela Capital Federal, e outros, no qual o STF declinou de sua competência para a revisão judicial da possibilidade política de decretação de Estado de Sítio, pelo Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, durante recesso parlamentar. Durante a tramitação desse processo, o Presidente Floriano Peixoto teria dito: "Se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão".²⁹⁶

Os mais notáveis *habeas corpus*, ajuizados no início da era republicana – invariavelmente por Rui Barbosa - puseram o Supremo Tribunal Federal a par da tarefa de proteger as liberdades públicas das arbitrariedades do Poder Executivo, tendo o STF, continuamente se evidenciado no prosclínio político brasileiro como um autêntico Poder de Estado e protetor dos direitos e garantias fundamentais. O pleno acesso ao Poder Judiciário, para defesa dos direitos fundamentais,²⁹⁷ com a devida obediência pelo princípio do Juiz Natural, foi acatado pelo Supremo.²⁹⁸

Atualmente o STF tem seguido na defesa dos direitos humanos, na prevalência dos direitos individuais. O Pretório Excelso tem-se mostrado a casa dos direitos fundamentais.

Nos diversos ordenamentos jurídicos, em nível internacional, não é homogênea a postura frente à proteção aos direitos humanos. Daí a importância da universalização da resolução de controvérsias, nas palavras do professor Alberto Nogueira²⁹⁹ que em sua obra de sistemas judiciais aduz que:

“O que ressuma relevante e novo, no particular, é o caráter imperativo das Constituições (nacionais) e o modelo comum de sua estruturação. O ordenamento se articula para “dentro”, e para “fora”, nesse caso integrando-se a regiões (blocos) e à ordem internacional – globalização jurídico-normativa”.

²⁹⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Safe, 2003. v. III.

²⁹⁶ CAVALCANTI, 1966. p.157.

²⁹⁷ RTJ 99/790.

²⁹⁸ STF - 1ª T - HC nº 69.601/SP - Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377.

²⁹⁹ NOGUEIRA, 2006. p. 468.

A discussão é de onde vêm os direitos humanos: de dentro do Estado para fora ou de fora para dentro do Estado³⁰⁰. O STF consolidou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem ratificados pelo Brasil, possuem a categoria de norma supralegal.³⁰¹

2.1 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 562051 Como já relatado alhures, este é, atualmente, o único RE no STF que trata do assunto direitos humanos. Quando o tema do recurso é sobre direitos humanos, o reconhecimento do princípio da repercussão geral é certo³⁰², pois aqueles, já trazem consigo o caráter geral que transcende os limites da causa.

No RE/562051 especificamente, o direito humano em questão é o da liberdade física das pessoas³⁰³. Discute-se o peso que tem os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

O Despacho derradeiro teve o seguinte teor:

A Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no plenário virtual, em 14.04.2008, por unanimidade.

³⁰⁰ PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle. A nova proteção conferida aos direitos humanos na constituição federal pós EC 45/2004. Disponível em <http://conpedi.org> acesso em 03 de agosto de 2009. Dentre todas as mudanças, merece destaque a regulação dada pela EC 45/2004 aos direitos humanos, e às tentativas, muitas vezes equivocadas, de adequar-se aos compromissos firmados pelo Estado brasileiro em prol da defesa e efetivação dos direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras. A Emenda Constitucional 45, de 2004, reafirmou o interesse do Estado brasileiro em proteger os direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras, acrescentando dois novos parágrafos ao art. 5º. A inclusão, todavia, de dois novos parágrafos ao art. 5º da Constituição Federal em vigor reacendeu uma divergência histórica entre a doutrina pátria e os tribunais nacionais, sobretudo no que se refere à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, referida no § 2º do art. 5º e agora disposta expressamente no § 3º do mesmo artigo. À primeira vista, o legislador tentou encerrar a discussão sobre a prevalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conferindo-lhes, definitivamente, *status* constitucional. A princípio, parece ter sido esse o intuito do legislador, mas a redação dada ao recém-acrescido § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não traz essa mensagem. Dispõe o texto constitucional que “[o]s tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”. Os novos tratados internacionais de direitos humanos, além do reconhecimento constitucional material, também poderão ter assento formal na Constituição, se, para sua aprovação, forem observados os requisitos no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Essa medida teria a intenção de assegurar a perenidade dos direitos humanos internacionais reconhecidos e positivados pelo Estado brasileiro, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos, tal qual qualquer outro tratado internacional, admite denúncia pelo Estado-parte, ao passo que os direitos consagrados como fundamentais na Constituição Federal brasileira seriam eternos por força do art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988.

³⁰¹ HC/92566/SP, onde a súmula 619 “A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL PODE SER DECRETADA NO PRÓPRIO PROCESSO EM QUE SE CONSTITUIU O ENCARGO, INDEPENDENTEMENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO DE DEPÓSITO” foi revogada expressamente.

³⁰² Foram dez manifestações reconhecendo a repercussão geral, a Ministra Ellen Gracie não se manifestou. (A figura do “não se manifestou” é criada pelo Regimento Interno do STF: “art.324 Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.”)

³⁰³ Somente duas manifestações podem se visualizadas, exatamente as que estão nos autos do processo, as do Ministro relator Cezar Peluzo e do Ministro Presidente Marco Aurélio: “Conforme relatado pelo proficiente relator ministro Cezar Peluzo, o tema revela-se de repercussão ímpar, presente bem jurídico fundamental – a liberdade de ir e vir das pessoas. Daí o extravasamento das balizas próprias ao processo, alcançando-se a sociedade como um todo, aqueles que a integram e que, potencialmente, poderão sofrer as agruras da óptica positiva no tocante à prisão. Admito a repercussão geral.”

...

O Plenário assentou que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, consoante interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Com esta decisão o STF reafirma sua guardiania para com os Direitos Humanos, revelando a interpretação mais benéfica em prol dos Direitos Humanos, isto porque nossa Carta prevê direitos, deveres e garantias fundamentais insertos no artigo 5º³⁰⁴, e ao tratar da prisão por dívidas no inciso LXVII traz duas exceções: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Desta feita, o reconhecimento de *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil torna inconstitucional a prisão civil de depositário infiel, mesmo ela ainda estando presente no texto constitucional.

3 – O PACTO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica e sigla CADH) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos. Como meios de proteção dos direitos e liberdades, estabelece dois órgãos para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aqui, vale transcrever a parte do Pacto de San José da Costa Rica que relaciona-se diretamente ao assunto ora estudado.

“Preâmbulo

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim

³⁰⁴ CF “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

do fato de Ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

CONCLUSÃO

No século XXI há a emergência dos direitos humanos³⁰⁵, o direito superior (ligado à dignidade humana). Superioridade dos direitos fundamentais; têm uma nova eficácia. E nesse contexto o Estado Brasileiro, através de sua Corte Suprema, abonou o valor máximo do Homem, através dos Direitos Humanos, conferindo a estes o topo hierárquico das leis, transformando-os em direitos fundamentais mesmo sem estarem efetivamente positivados no texto constitucional.

Quanto ao mecanismo da repercussão geral, para os direitos humanos, ele não cria nenhum obstáculo, pois todo assunto de direitos humanos interessa à coletividade e não apenas às partes de um processo, mas no que se refere ao acesso à justiça, como bem frisou Bernardino Leituga “as dificuldades cada vez maiores de se valer do apelo extremo estão na contra mão do anseio, também cada vez maior de acesso do cidadão ao Poder Judiciário.”

³⁰⁵ SILVA, 2007. p. 169 e 170: “A relevância que a temática dos direitos humanos tem assumido nas diversas agendas do mundo contemporâneo é um fato inquestionável [...] A importância dos direitos humanos evidencia-se na sua própria vocação para proteção e continuidade da vida humana que funcionam como um escudo de proteção da vulnerabilidade humana às intempéries ínsitas da existência humana ou produzidas pelo próprios seres humano.”

As dúvidas doutrinárias surgidas pelo fato do mecanismo da repercussão geral ser novel³⁰⁶ já estão sendo solucionadas pelas decisões do nosso Órgão máximo do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

- 1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até março de 2009] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2009. v.1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) – Regimento. I. Título
- 2) BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8ª edição revista e atualizada até a EC n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 3) CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- 4) GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os Direitos Fundamentais Atípicos. Aequitas Editorial Notícias, 1995.
- 5) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 6) NOGUEIRA, Alberto. Sistemas Judiciais das Liberdades Públicas, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- 7) PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle. A nova proteção conferida aos direitos humanos na constituição federal pós EC 45/2004. Disponível em <<http://conpedi.org>> acesso em 03 de agosto de 2009.
- 8) PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de derecho y constitucion, 5ª ed., Editora Madrid: Tecnos, 1995.
- 9) SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In Legitimação dos Direitos Humanos, Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- 10) STF. Sítio eletrônico Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 20/07/2009.
- 11) TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Safe, 2003. v. III.
- 12) VEJA, edição 2122 – ano 42 - n.º 29. São Paulo: Abril, 22 de julho de 2009.

³⁰⁶ Delimitação temporal da incidência do novo regime – 3 de maio de 2007.

O QUE SIGNIFICA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA? UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

ANDRE VASCONCELOS ROQUE

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

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Um panorama da representatividade adequada no direito brasileiro – 3. A representatividade adequada no direito norte-americano; 3.1 Primeira dimensão quanto ao representante: vigorosa tutela; 3.2 Segunda dimensão quanto ao representante: ausência de conflito de interesses; 3.3 Primeira dimensão quanto ao advogado: vigorosa tutela; 3.4 Segunda dimensão quanto ao advogado: ausência de conflito de interesses – 4. Considerações finais.

1. Introdução

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo³⁰⁷. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, na medida em que tal fenômeno seria incapaz de tutelar de forma minimamente eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo de milhões de pessoas em um único processo, sem comprometer seu bom andamento e sua razoável duração.

Como se pode constatar, qualquer ação coletiva pressupõe necessariamente que pessoas que não tenham participado formalmente do processo sejam de alguma forma vinculadas ao seu resultado, ainda que não na mesma extensão que seria verificada em um processo individual eventualmente ajuizado.

³⁰⁷ Segundo MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito nacional e comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26, a noção de legitimidade extraordinária (que se caracteriza pela falta de coincidência entre as partes da relação jurídica processual e as partes da relação jurídica de direito material defendida em juízo) seria essencial à definição de uma ação coletiva.

No direito brasileiro, por exemplo, a extensão dos efeitos da coisa julgada às esferas jurídicas individuais ocorre *in utilibus*, somente para favorecer a coletividade, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, ressalvado apenas o caso de intervenção na ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, na forma prevista no art. 94 do aludido código. Isso não significa, porém, que não haja prejuízo ao grupo em caso de improcedência porque, pelo menos quanto aos direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a repositura de uma demanda coletiva somente seria possível na hipótese de improcedência anterior por insuficiência probatória, exigindo-se ainda a apresentação de nova prova para sua admissão.

Como se sabe, o devido processo legal em sua concepção tradicional exige, entre outras condições, que os litigantes tenham a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais e que possam apresentar suas razões para influenciar o convencimento do juiz. Em outras palavras, para que alguém esteja vinculado a um julgamento, é preciso que tenha participado como parte formal do processo e que haja sido comunicado de sua existência, normalmente pela citação. Em uma ação coletiva, no entanto, não se pode conceber o devido processo legal em sua acepção clássica, dada a inviabilidade prática de que todos os membros do grupo atuem formalmente no processo.

O Direito Processual Coletivo ou o microsistema das ações coletivas – enfim, qualquer que seja a denominação utilizada – possui seus próprios princípios e institutos jurídicos. Ele se encontra submetido aos princípios e garantias de origem constitucional que, contudo, devem ser adaptados à realidade do processo coletivo. Nesse sentido, não se deve interpretar o devido processo legal como um obstáculo para as ações coletivas. Ao contrário do que ocorre no processo individual, o *devido processo legal coletivo*³⁰⁸ não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada.

É nesse contexto que o instituto da representatividade adequada ganha destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Um panorama da representatividade adequada no direito brasileiro

O direito brasileiro, como se sabe, não consagrou expressamente o controle da adequação do representante pelo juiz. Na época em que se discutia a disciplina legal das ações coletivas no país, foi elaborado o Projeto de Lei Flávio Bierrenbach, a partir dos trabalhos realizados por uma comissão formada pelos eminentes juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., que optaram pelo controle judicial da representatividade adequada, mas somente no que se referia às associações.

³⁰⁸ O termo pode ser encontrado, por exemplo, em MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada* – Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 269.

Entretanto, um projeto substitutivo resultante dos trabalhos dos promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior foi assumido pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, sendo então encaminhado ao Ministério da Justiça. A proposta do Ministério Público teve tramitação legislativa mais célere e acabou sendo transformada, com algumas modificações e vetos, na atual Lei de Ação Civil Pública³⁰⁹. O substitutivo do Ministério Público preferiu adotar a fórmula da legitimação *ope legis*, sem referência expressa ao controle judicial da representatividade adequada.

A aprovação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 não modificou a situação. O direito brasileiro continua até hoje atrelado ao sistema de legitimação *ope legis*, em que o próprio legislador estabelece um rol de legitimados para ingressar com as ações coletivas. A adequação dos representantes elencados é presumida pela própria lei. Talvez fosse natural proceder desse modo, pelo menos em um primeiro momento. Ao que tudo indica, houve certa desconfiança da capacidade dos juízes brasileiros em promover um controle vigoroso e constante da representatividade adequada³¹⁰, tal como já se verificava nos Estados Unidos. Em vez de atribuir ao juiz essa tarefa caso a caso, preferiu-se estabelecer no corpo da lei quais seriam os representantes mais adequados dos interesses metaindividuais de uma forma apriorística.

Na ausência de previsão expressa em lei, a doutrina mais tradicional sustenta que não se admite no Brasil o controle judicial de adequação do representante nas ações coletivas³¹¹. Com a devida vênia aos seus defensores, porém, esse entendimento não pode ser acolhido. Caso não se permitisse este controle judicial, quaisquer que fossem as circunstâncias do caso concreto, ainda que se evidenciasse a incompetência, má-fé, mediocridade ou mesmo fraude cometida pelo representante, o juiz estaria obrigado a aceitar passivamente a situação e dar prosseguimento ao processo, como se nada de errado estivesse acontecendo bem diante de seus olhos.

Evidentemente, estes doutrinadores têm seus próprios argumentos para afastar o controle judicial de adequação. Além de a própria lei estabelecer um rol de legitimados que se presumem adequados *iuris et de iure*, sustenta-se ainda que a coisa julgada nas ações coletivas brasileiras destina-se unicamente a beneficiar o grupo. Por outro lado, o direito brasileiro conta com a

³⁰⁹ Vide, sobre a tramitação da Lei de Ação Civil Pública, entre outros, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 194/195.

³¹⁰ Nesse sentido, é sintomática a posição de Richard Cappalli e Claudio Consolo, para quem o juiz italiano e provavelmente os juízes de todos os outros países da Europa continental seriam incapazes de exercer as mesmas funções de um juiz norte-americano, incluindo o controle da representatividade adequada em uma ação coletiva. Ao que parece, a lei brasileira seguiu raciocínio muito semelhante. Vide CAPPALLI, Richard; CONSOLO, Claudio. *Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry*, *Temple International & Comparative Law Journal*, v. 6, 1992, p. 291.

³¹¹ Vide DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201/202 (“*Dessa forma, entre nós não existe um verdadeiro requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuizar uma ação civil pública...*”); NERY JR., Néilson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 247, nota 9 (sustentando que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante).. É conhecida ainda a antiga posição de Ada Pellegrini Grinover no mesmo sentido. Nada obstante, a ilustre processualista mudou seu entendimento em suas obras mais recentes, como se examinará a seguir. Também contrário ao exame judicial de adequação, de forma ainda mais radical, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 113/116 (asseverando que o controle judicial não poderia ser incorporado no ordenamento jurídico pátrio nem mesmo mediante lei expressa nesse sentido, porque seria inconstitucional).

participação do Ministério Público em todas as lides coletivas propostas pelos outros legitimados, na qualidade de “fiscal da lei”. Como o promotor estaria, em regra, em melhores condições de avaliar a situação como um todo, não faria sentido permitir o controle judicial de adequação do representante.

No entanto, os argumentos não convencem. Com relação à coisa julgada, deve-se ter em mente que o direito brasileiro não incorporou a sistemática *secundum eventum litis* em toda a sua extensão. A coisa julgada coletiva no Brasil opera diferentemente nos planos coletivo e individual. Na esfera coletiva, em princípio, ela vinculará a todos os co-legitimados, independentemente do resultado do processo (*pro et contra*), impedindo que sejam propostas novas ações coletivas. A única exceção se verifica quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas nas demandas em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, hipótese em que não haverá formação de coisa julgada material (*secundum eventum probationem*)³¹². No plano individual é que a coisa julgada somente será eficaz para beneficiar o grupo, conforme previsto no art. 103, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa Consumidor. Assim, existe o risco de comprometimento dos interesses coletivos pela atuação de um representante inadequado. Caso a ação não seja julgada improcedente por falta de provas, a possibilidade de ajuizamento de uma nova demanda coletiva restará irremediavelmente prejudicada³¹³.

Quanto à participação e à fiscalização pelo Ministério Público, o argumento também não convence. Primeiro, porque não existe incompatibilidade entre o controle judicial da representatividade adequada e a atuação do Ministério Público. Muito pelo contrário: o controle judicial potencializa a fiscalização pelo promotor. É verdade que, em muitos casos, ele estará em melhores condições que o juiz de verificar a adequação do representante, mas de nada adiantaria isso se ele não tivesse o poder de informar tal circunstância ao magistrado e pedir a substituição do representante ou mesmo a extinção da ação coletiva proposta em prejuízo do grupo.

A presença de um promotor como “fiscal da lei” é uma vantagem estratégica do direito brasileiro sobre o processo coletivo norte-americano, que é obrigado a confiar a proteção dos integrantes do grupo única e exclusivamente ao juiz. Esta vantagem não deve ser descartada e muito menos interpretada de maneira a afastar o controle judicial de adequação do representante. Além disso, quando o próprio Ministério Público for o demandante do processo coletivo, hipótese bastante frequente na prática, quem efetuará o controle da adequação do representante?

A prática demonstra que a presunção absoluta de adequação dos representantes arrolados pelo legislador pode não passar de simples ilusão³¹⁴. Problemas graves têm sido observados pelo manejo

³¹² Para as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, segundo entendimento dominante, haverá formação da coisa julgada no plano coletivo independentemente do resultado da demanda, ainda que a ação tenha sido julgada improcedente por deficiência de instrução probatória. Nesse sentido, entre outros, vide GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139/140; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264/266 e VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 392.

³¹³ Vide, nesse sentido, o trabalho de GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, n. 108, 2002, p. 63.

³¹⁴ Vide VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 220.

de variadas ações coletivas por associações sem o mínimo de credibilidade, seriedade, conhecimento técnico-científico, capacidade econômica ou até mesmo representatividade, embora sejam capazes de cumprir formalmente o requisito de pré-constituição de um ano (art. 82, IV do CDC e art. 5º, V, alínea “a” da Lei nº 7.347/85)³¹⁵. Também com relação a outros legitimados têm aparecido dificuldades. Em casos concretos deflagrados pelo Ministério Público, por exemplo, alguns promotores, tomados de excesso de zelo, litigam como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido formulado³¹⁶.

Da mesma forma, acompanhamos em nossa experiência profissional uma ação civil pública proposta por um ente estatal, declarando-se o demandante representante do interesse dos consumidores cujos prejuízos foram formalmente imputados a dois réus. Os argumentos lançados na petição inicial, entretanto, foram destinados quase que na sua totalidade contra somente um dos demandados. A conduta do segundo réu foi mencionada de forma superficial, apenas que não se alegasse sua ilegitimidade passiva. Posteriormente, verificou-se que o Poder Público havia falhado na sua obrigação de fiscalizar a atividade econômica exercida pelo segundo demandado, contribuindo para a ocorrência dos danos relatados na petição inicial. Dadas as circunstâncias do caso, não se poderia descartar a hipótese de que o ente estatal não estivesse litigando em benefício dos consumidores, mas sim na defesa dos seus interesses patrimoniais, antecipando-se a uma eventual ação civil pública que poderia ser proposta pelos demais co-legitimados, em que fatalmente seria descoberta a falha de fiscalização estatal.

Por todos esses motivos, alguns autores brasileiros começaram a defender de forma acertada que, muito embora o sistema brasileiro não contemple expressamente o controle judicial da adequação do representante, tal providência não apenas é possível, como aconselhável³¹⁷. O acerto dessa posição é inequívoco.

A experiência do direito norte-americano é muito importante neste aspecto, porque ela mostra que não basta uma representação formal. É necessário, por definição, que ela seja adequada. Um representante inadequado é um não-representante, visto que não estará agindo de acordo com os interesses da coletividade, mas segundo a vontade de terceiros ou mesmo na proteção egoística de seus próprios interesses individuais, como na hipótese do ente estatal que falhou no seu dever de

³¹⁵ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: *O processo – estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 213. Vide, ainda, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 327 (aludindo à hipocrisia do legislador neste aspecto e aos riscos de se criar uma cultura cartorária de legitimação das associações).

³¹⁶ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação... Op. Cit., p. 213 (aludindo ao caso do pedido de reserva da cota de 50% das vagas do exame de acesso à universidade aos egressos do ensino público, em prejuízo direito aos interesses dos candidatos oriundos de escolas particulares)

³¹⁷ Sobre o tema, GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimidade... Op. Cit., p. 212/215; WATANABE, Kazuo. Disposições gerais (arts. 81 a 90). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 844/846; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia... Op. Cit., p. 325/327; LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 205; DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96/99 e GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: SRS, 2008, p. 143/145.

fiscalização e se utilizou da ação coletiva para acobertar a sua negligência. Os integrantes do grupo não devem ser vinculados aos atos de um representante inadequado que não elegeram ou sequer aprovaram. A falta de adequação do representante acarreta a ausência da própria representação e, portanto, também a inexistência de qualquer fundamento jurídico-constitucional capaz de justificar a vinculação do grupo à luz do devido processo legal, tanto no direito brasileiro como no modelo norte-americano.

Dessa forma, além das clássicas hipóteses da dispensa do requisito de pré-constituição de um ano das associações (artigo 82, § 1º do CDC) e da legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, que costumam ser aferidas caso a caso e poderiam ser facilmente caracterizadas como uma forma de controle judicial de adequação do representante³¹⁸, o juiz pode e deve promover este controle mesmo sob o regime atual das ações coletivas. Obviamente, a adequação de representantes como o Ministério Público e os entes estatais em geral é presumida pela lei, mas se deve conferir alguma oportunidade para analisar se, no caso concreto, o autor coletivo não seria adequado para proteger os interesses da coletividade, seja porque não tem condições práticas de promover a tutela vigorosa de seus direitos, seja porque existe algum conflito de interesses com o grupo³¹⁹.

Uma das maiores dificuldades, a partir do momento em que se admite o controle judicial da adequação do representante no direito brasileiro, consiste em estabelecer o alcance e extensão do instituto. Em outras palavras, na ausência de previsão expressa na lei, quais os critérios a serem seguidos pelo juiz no caso concreto?

Não se ignora que já foram apresentadas algumas propostas para a disciplina do controle judicial da representatividade adequada no direito brasileiro. No Anteprojeto elaborado no âmbito da pós-graduação *stricto sensu* da USP, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, o art. 20 relacionou os seguintes critérios para que o juiz pudesse aferir a adequação do representante: a) credibilidade, capacidade e experiência; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado. O Anteprojeto elaborado no âmbito da pós-graduação *stricto sensu* da UERJ/UNESA, por sua vez, elencou em seu art. 8º, § 1º todos os critérios do Anteprojeto da USP e mais os seguintes: d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda coletiva; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física.

Nada obstante, nenhuma dessas propostas foi contemplada no Projeto de Lei nº 5.139/09, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional e tem por finalidade dar nova disciplina à ação civil pública. Sua eventual aprovação não acarretaria maior repercussão para o controle judicial da representatividade adequada, que deve continuar a ser admitido mesmo na falta de previsão legal expressa, visto que decorre diretamente do devido processo legal coletivo. Persiste, entretanto, a

³¹⁸ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação... Op. Cit., p. 213/214 (afirmando que as duas hipóteses constituem seguros indícios da admissibilidade do controle judicial da adequação)

³¹⁹ A propósito, José Carlos Barbosa Moreira já defendia, em 1981, que a lei conferisse legitimação coletiva em termos flexíveis, reservando ao juiz uma margem razoável de liberdade no exame de cada caso concreto. Vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 36.

dificuldade apontada quanto à falta de critérios mínimos para a aferição da adequação do representante da coletividade no direito brasileiro, na medida em que, além de o assunto não estar disciplinado em lei, também não há orientação consistente na jurisprudência sobre o tema.

Em razão disso, como ponto de partida para estabelecer critérios mais seguros de controle judicial da adequação do representante no direito brasileiro, torna-se necessário apresentar um estudo a respeito da experiência norte-americana sobre a matéria, que já se encontra razoavelmente consolidada naquele país. É preciso levar em consideração, porém, uma circunstância muito importante: nos Estados Unidos, pessoas físicas podem ingressar com ações coletivas, de modo que muitos dos critérios desenvolvidos pelos tribunais naquele país não podem ser aplicados ao direito brasileiro de forma literal, sem que se façam as devidas adaptações.

3. A representatividade adequada no direito norte-americano

A adequação do representante constitui um dos principais requisitos para que se possa admitir uma ação coletiva (*class action*) nos Estados Unidos. Prevista na Regra 23, alínea (a)(4) das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), conjunto de normas que regula o processo civil no âmbito da Justiça Federal americana, a representatividade adequada (*adequacy of representation*) é considerado um requisito fundamental de certificação das *class actions* para garantir a observância ao devido processo legal³²⁰, que se encontra consagrado nas Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos, em relação aos membros ausentes da classe defendida em juízo.

Assim como ocorre no direito brasileiro, as *class actions* também representam exceção à concepção tradicional do devido processo legal. Para proporcionar economia processual e permitir que se apreciem pretensões que, de outra maneira, jamais seriam submetidas ao Judiciário (porque o seu valor econômico é extremamente reduzido, as partes são hipossuficientes, não tiveram acesso às informações necessárias para pleitear seus direitos ou por qualquer outro motivo), admitem-se os chamados “processos de natureza representativa” (*representative suits*). Como seria impossível exigir que todos os envolvidos participassem formalmente de uma ação coletiva, permite-se que atuem através de um ou mais representantes, que devem tomar as decisões sempre no interesse do grupo, contratando advogados, comparecendo perante o juiz, apresentando provas e tudo mais o que for necessário para a tutela dos interesses do grupo.

Como explicitado pela Suprema Corte em *Hansberry v. Lee*, precedente em que foram pela primeira vez articuladas as relações entre o princípio do devido processo legal e as *class actions*, todos os membros ausentes de uma ação coletiva, embora não participantes do processo na

³²⁰ Assim dispõe a Emenda V da Constituição americana: “No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”. No mesmo sentido exposto no texto, WOOLLEY, Patrick. Rethinking the adequacy of adequate representation, *Texas Law Review*, v. 75, 1997, p. 571 e BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and non party preclusion, *New York University Law Review*, v. 67, 1992, p. 214.

qualidade de partes formais, podem estar vinculados ao julgamento desde que representados adequadamente³²¹. Eles participam e são ouvidos no processo coletivo, mas somente através de seus representantes, que funcionam como um porta-voz de todo o grupo em juízo³²².

Para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma justa e adequada os interesses da coletividade. Isto quer dizer que, na medida do possível, a sua atuação deverá ser de tal maneira que muito provavelmente o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas. Caso contrário, ele não terá representado efetivamente os interesses do grupo e, portanto, não poderá existir vinculação³²³. Representatividade e adequação são dois conceitos complementares: não se pode conceber um representante não adequado pois, desse modo, estaria agindo segundo seus interesses próprios ou, pelo menos, alheios ao grupo dos membros ausentes. Representante inadequado é o mesmo que ausência de representação, o que justifica a desvinculação dos representados.

O controle da representatividade adequada possui duas funções importantes no direito norte-americano: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros, inclusive mediante eventual ação autônoma a ser proposta por um dos integrantes do grupo (*collateral attack*), com fundamento na inexistência de representação na demanda coletiva originária³²⁴. Um dos princípios básicos do instituto da coisa julgada no direito norte-americano é que nenhum juiz pode predeterminar os efeitos de suas próprias decisões para o futuro³²⁵. Isto não impede, contudo, que se tomem todas as cautelas possíveis para assegurar a eficácia da ação coletiva, que ficaria seriamente ameaçada se as questões decididas na *class action* pudessem ser reapreciadas a todo momento em futuras ações por ausência de representação adequada da classe.

A representatividade adequada não significa, porém, que o representante se encontre obrigado a assegurar a vitória da coletividade. Em termos práticos, isso seria o mesmo que dizer que a ação coletiva apenas formaria coisa julgada em favor do grupo, jamais em seu prejuízo, regime este que foi categoricamente rechaçado no direito norte-americano. Na sistemática atual, a parte adversa

³²¹ Vide *Hansberry v. Lee*, 311 US 41-43 (1940) (“To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a ‘class’ or ‘representative’ suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. (...) It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present ...”).

³²² Nesse sentido, COMMENT. The importance of being adequate: due process requirements under Rule 23, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 123, 1975, p. 1227.

³²³ Vide COMMENT. The importance of being adequate... Op. Cit., p. 1223, nota 28.

³²⁴ O caso *Hansberry v. Lee*, por exemplo, não era propriamente uma *class action*, mas sim uma ação autônoma em que se questionavam os efeitos da coisa julgada numa ação coletiva anterior, *Burke v. Kleiman*. Na hipótese vertente, a Suprema Corte reformou decisão da Justiça do estado de Illinois e afastou os efeitos da coisa julgada porque os demandados em *Hansberry* não podiam ser considerados membros da classe na primeira ação.

³²⁵ Nesse sentido, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797, 805 (1985) (“While it is true that a court adjudicating a dispute may not be able to predetermine the *res judicata* effect of its own judgement...”).

também possui o direito de vincular o grupo ao resultado da ação³²⁶. Além disso, nada garante que os membros representados sairiam vencedores se tivessem ingressado com demandas individuais. Para fins de representatividade adequada, basta assegurar que os interesses dos membros ausentes sejam defendidos com o necessário vigor, sem que isto signifique necessariamente o êxito das pretensões da coletividades.

A análise dos precedentes em termos de representatividade adequada revela um fato muito curioso: na esmagadora maioria dos casos em que a matéria foi discutida, quem alegou a incapacidade do representante não foi nenhum dos integrantes da classe, como se poderia imaginar, mas sim a parte contrária³²⁷. A aparente contradição se desfaz mediante uma análise mais apurada da matéria. A parte contrária possui pelo menos dois interesses em enfrentar a questão. Em primeiro lugar, muitas vezes a certificação de uma *class action* pode gerar a perspectiva de uma derrota para o réu em proporções gigantescas, no valor de milhões ou até bilhões de dólares³²⁸. A falta de representação adequada pode extinguir a *class action* ou transformá-la em uma mera ação individual, aliviando os riscos processuais para o demandado. Por outro lado, se o réu acredita que irá sair vencedor na ação coletiva, será melhor que a decisão de improcedência vincule todo o grupo de uma vez por todas, evitando-se questionamentos futuros que poderão fazer desaparecer em termos práticos a sua vitória inicial.

A representatividade adequada é, sem dúvida nenhuma, o mais importante de todos os requisitos gerais de admissibilidade. Dada a sua importância, muito embora o requisito envolva uma noção de responsabilidade do representante para a coletividade, repousa sobretudo no juiz a tarefa de controlar a adequação de ofício, em todas as fases do processo³²⁹: antes, durante e depois da decisão de certificação e até mesmo depois da sentença, em hipóteses extremas³³⁰. Conflitos de interesses que estavam latentes podem emergir no curso do processo, o representante pode se

³²⁶ A Suprema Corte já reconheceu este direito em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797, 805 (1985), como se pode verificar pela seguinte passagem: “While it is true that a court adjudicating a dispute may not be able to predetermine the *res judicata* effect of its own judgement, petitioner has alleged that it would be obviously and immediately injured if this class-action judgement against it became final without binding the plaintiff class. We think that such injury is sufficient to give petitioner standing on its own right to raise the jurisdiction claim in this Court”.

³²⁷ Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation*. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 49.

³²⁸ Um exemplo disso foi a certificação em primeira instância do caso *Castano*, uma *class action* ajuizada em benefício de milhões de fumantes e de seus parentes contra a indústria do tabaco, onde se questionavam os danos causados à saúde pelos efeitos maléficos do cigarro. A Corte de Apelações do 5º Circuito reformou a decisão de certificação, por entender que variações nas leis estaduais aplicáveis e questões individuais atinentes a cada um dos membros da classe comprometeriam a admissibilidade da ação coletiva. Vide *Castano v. American Tobacco*, 84 F.3d 734 (5th Cir. 1996).

³²⁹ Vide NOTE. Developments in the law – Class actions, *Harvard Law Review*, v. 89, 1976, p. 1411. É possível, no entanto, que a jurisprudência não esteja cumprindo bem esta tarefa. Segundo apontado por Robert H. Klonoff em um estudo empírico das decisões proferidas entre 1994 e 2003, a grande maioria dos juízes admite ações coletivas sem enfrentar detidamente a representatividade adequada, notadamente quando a parte contrária não impugna este ponto. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application of Rule 23’s ‘adequacy of representation’ requirement, *Michigan State Law Review*, v. 2004, 2004, p. 671. Linda S. Mullenix sugere que as cortes estaduais são ainda mais complacentes na análise desse fundamental requisito de admissibilidade: MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes, *Vanderbilt Law Review*, v. 57, 2004, especialmente p. 1699, nota 61.

³³⁰ Vide *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1st Cir. 1986) (*class action* decertificada após o veredito do júri por ter sido muito deficiente a instrução probatória).

revelar desinteressado ou inapto, o juiz pode perceber que se equivocou ou até mesmo que foi enganado³³¹.

Mesmo após formada a coisa julgada na ação coletiva, é possível ainda que, em alguma ação posterior (*collateral attack*) se realize novo controle de representatividade adequada para determinar os efeitos vinculantes da coisa julgada na primeira ação. Caso não se reconheça a adequação do representante, desvinculando-se os membros ausentes do grupo da decisão que foi proferida na *class action* anterior, as questões ali apreciadas poderão ser rediscutidas e reexaminadas no segundo processo³³².

A representatividade adequada em certa medida se sobrepõe ao requisito da tipicidade previsto na Regra 23 (a)(3) das FRCP, uma vez que os dois requisitos dizem respeito às qualidades desejáveis do representante. Se as suas pretensões ou defesas não são típicas do restante da coletividade, dentro da sistemática individualista americana, que estabelece o interesse próprio como condição básica de representatividade, ele não poderá proteger adequadamente os interesses de todo o grupo. Sob esta perspectiva, a tipicidade constitui um dos elementos da representatividade adequada, o que justifica a postura de alguns tribunais em analisar os dois requisitos conjuntamente³³³.

Apesar disso, o critério da tipicidade não esgota a representatividade adequada, que se trata de uma verificação bem mais ampla, tanto sob o ponto de vista objetivo como subjetivo. Um representante pode ter pretensões típicas do grupo e ainda assim não proteger adequadamente os interesses coletivos. Pelo aspecto objetivo, enquanto na tipicidade se proporciona uma análise comparativa entre as pretensões do representante e do grupo, o exame de representatividade adequada enfatiza duas dimensões: ausência de conflito de interesses entre o representante e o restante da classe e capacidade de defesa vigorosa dos interesses da coletividade.

Sob o ponto de vista subjetivo, a representatividade adequada também é mais ampla que a tipicidade. Principalmente com relação à dimensão da capacidade de tutela vigorosa dos interesses da classe, a jurisprudência examina não apenas os atributos do representante, como também de seu advogado³³⁴.

³³¹ Vide MILLER, Arthur R. *An overview of federal class actions: past, present and future*. Washington: Federal Judicial Center, 1977, p. 30.

³³² Vide WOOLLEY, Patrick. The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits, *Texas Law Review*, v. 79, 2000, p. 383 (sustentando que o *collateral attack* deve ser admitido ainda que o juiz, na *class action* original, tenha decidido expressamente pela representatividade adequada, uma vez que o tribunal na ação posterior poderá eventualmente ter melhores condições de apreciar a matéria).

³³³ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Op. Cit.*, v.1, p. 413.

³³⁴ Nesse sentido, entre outros, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 1, p. 416; BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions, *Hastings Law Journal*, v. 42, 1990, p. 185; MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation – cases and materials on advanced civil procedure*. 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 298; KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* *Op. Cit.*, p. 48 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform, *University of Chicago Law Review*, v. 58, 1991, p. 1.

Nos Estados Unidos, o advogado não é considerado pela lei e muito menos pela Constituição indispensável à administração da justiça, ao contrário do que acontece no Brasil, sendo permitido, na maioria dos casos, que as partes compareçam em juízo sem um patrono (*pro se litigation*), embora tal aventura seja fortemente desaconselhável. No caso das *class actions*, no entanto, em virtude dos interesses dos membros ausentes, que não podem estar submetidos a posturas aventureiras, os tribunais não admitem a *pro se litigation* por ausência de representatividade adequada³³⁵.

No ano de 2003, ocorreu uma importante alteração na Regra 23 das FRCP consolidando a prática jurisprudencial. Foi acrescentada uma alínea (g), estabelecendo que sempre que for certificado o processamento coletivo da *class action*, o juiz deverá indicar na própria decisão quem será o advogado da classe, salvo expressa disposição legal em sentido contrário (alínea (g)(1)(A)). O advogado deverá representar justa e adequadamente os interesses de todo o grupo, não somente do representante (alínea (g)(4)), sendo tal requisito aferido segundo os critérios definidos na subseção (g)(1)(A): a qualidade do trabalho do patrono em identificar as possíveis pretensões na ação; sua experiência em ações coletivas, em outros procedimentos complexos e para a defesa de pretensões da mesma natureza; seu conhecimento do direito aplicável à espécie e os recursos do advogado disponíveis para representar a coletividade.

É curioso observar que a Regra 23 em vigor delimita de forma mais ou menos precisa os critérios para analisar a representatividade adequada do advogado, sem indicar quais seriam os fatores a serem avaliados para examinar a adequação do próprio representante, que continuam a ser construídos exclusivamente pela jurisprudência. Isto reforça a hipótese de que, cada vez mais, aumenta a importância dos advogados nas *class actions*, que muitas vezes financiam o litígio esperando receber altos honorários, investigam a existência de pretensões de natureza coletiva e depois vão procurar alguma pessoa para ser o representante do grupo³³⁶. Isto se dá especialmente em casos em que as pretensões individuais envolvidas são de reduzido valor econômico.

Apesar da distinção conceitual, a tipicidade ainda é importante para a verificação da representatividade adequada. Como já se examinou, a tipicidade consiste em uma análise de compatibilidade entre as pretensões do representante e da coletividade. Um representante típico normalmente defenderá também os interesses coletivos do grupo. Por este motivo, como a tipicidade constitui um dos indicativos da representatividade adequada e existe notória dificuldade de comprovar um fato negativo (por exemplo, que não existe conflito de interesses), a jurisprudência norte-americana majoritária presume que o requisito se encontra preenchido, imputando à parte contrária que apresente algum elemento capaz de afastar a representação justa e adequada da classe³³⁷. Embora alguns autores sustentem a incorência dessa espécie de inversão do

³³⁵ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v.1, p. 417

³³⁶ Vide BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads... Op. Cit., 180/186. Em seu artigo, o autor sustenta uma proposta radical: suprimir o requisito da tipicidade e eliminar a figura decorativa do representante da classe, deixando que os advogados ingressem com *class actions* por si mesmos, desde que indiquem alguns membros do grupo, em caráter exemplificativo, para assegurar que existe um conflito concreto em proporções coletivas.

³³⁷ Vide, por exemplo, *Ballan v. Upjohn Co.*, 159 F.R.D. 473 (W.D. Mich. 1994) (presumindo a representação adequada do advogado); *Lichoff v. CSX Transp., Inc.*, 218 F.R.D. 564 (N.D. Ohio 2003) (“Unlike the other requirements of Rule 23(a), defendant has the burden of showing that representation is inadequate under Rule 23(a)(4).”). Isto explica, em

ônus probatório³³⁸, visto que se trata justamente do mais importante dos requisitos para que se admita uma ação coletiva, tal questão ainda não foi enfrentada pela Suprema Corte.

3.1 Primeira dimensão quanto ao representante: vigorosa tutela

A capacidade de o representante defender de forma vigorosa os interesses da classe tem sido tradicionalmente discutida por uma diversidade de fatores. Na maioria dos casos, contudo, este aspecto somente é verificado de forma perfunctória quanto ao representante, concentrando a jurisprudência sua atenção sobre a figura do advogado. Na realidade, quem elabora toda a estratégia na *class action* é o causídico: é ele quem decide quais pedidos formular, o fundamento jurídico que será apresentado, as provas produzidas e muitas outras decisões fundamentais para o processo.

Em uma demanda individual, onde geralmente o valor econômico da pretensão do autor se apresenta elevado, já é relativamente comum que os clientes não tenham contato mais íntimo com o processo, não leiam as petições de seus advogados, nem saibam ao certo qual a tese jurídica sustentada³³⁹. Nas *class actions* então, em que muitas vezes o interesse individual do representante será ínfimo, não existirá incentivo nenhum de sua parte para que controle a atuação do advogado, circunstância esta que dá origem às criticadas *lawyer-driven suits*, ou seja, ações ajuizadas e conduzidas exclusivamente segundo as decisões tomadas pelo causídico, sem a participação ativa do autor³⁴⁰. Muitos juízes, por isso mesmo, já se renderam à realidade dos fatos e concentram a análise da defesa vigorosa dos interesses do grupo sobre o advogado.

Ainda assim, ocasionalmente se questionam os atributos do representante. A análise se dá em termos qualitativos, não quantitativos. Desse modo, uma pessoa pode ser melhor representante que cinco, embora eventualmente o juiz possa determinar que se reforce a representação na *class action* mediante a agregação de novos integrantes do grupo para que participem do processo, especialmente se existir variação dos interesses em jogo³⁴¹. Por outro lado, não se exige que o

larga medida, a passividade de alguns tribunais em examinar a representatividade adequada, como apontado por Robert Klonoff e Linda Mullenix.

³³⁸ Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 676; MULLENIX, Linda S. Op. Cit., p. 1692 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 66.

³³⁹ Vide HENSLER, Deborah R. Resolving mass toxic torts: myths and realities. *University of Illinois Law Review*, v. 1989, 1989, p. 93 (referindo-se a uma pesquisa realizada em três cortes de primeira instância, onde se apurou que 25% dos clientes nunca se encontraram pessoalmente com seus advogados ou somente o fizeram uma única vez).

³⁴⁰ Vide, entre outros, COMMENT. The class representative: the problem of the absent plaintiffs, *Northwestern University Law Review*, v. 68, 1974, p. 1136.

³⁴¹ Entre outros, COMMENT. The class representative: the problem of the absent plaintiffs, *Northwestern University Law Review*, v. 68, 1974, p. 1134; DONELAN, Charles. Prerequisites to a class action under new Rule 23, *Boston College Industrial & Commercial Law Review*, v. 10, 1969, p. 536; COMMENT. Adequate representation, notice and the new class action rule: effectuating remedies provided by the Securities laws, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 116, 1968, p. 901/902. Segundo Alba Conte e Herbert Newberg, a idéia de que classes com um número grande de pessoas somente poderiam ser representadas por muitos indivíduos foi superada após a reforma de 1966: CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 438. Apenas por questão de conveniência processual, recomenda-se que o número de representantes não seja superior a dez, para evitar problemas na condução do processo.

demandante seja o melhor representante possível da classe, mas apenas que seja adequado³⁴². Se dois ou mais membros do grupo competem entre si para a posição de representante, o juiz deverá escolher aquele que reputar mais adequado para a função.

Evidentemente, em caso de conluio entre o representante e a parte contrária, não existirá representatividade adequada.

Examinem-se, portanto, alguns atributos eventualmente questionados na prática. Alguns réus alegam que representantes com pretensões de reduzido valor econômico não seriam adequados, porque não teriam incentivos suficientes para participar de forma ativa da ação coletiva. Ocorre que um dos principais objetivos da *class actions* consiste em permitir que pretensões de baixo valor econômico compartilhadas por um número massivo de pessoas sejam submetidas ao Poder Judiciário. Dessa forma, é natural que esta espécie de alegação normalmente seja rejeitada³⁴³.

O conhecimento pelo representante dos fatos debatidos na causa tem sido objeto de impugnação com certa frequência pela parte adversa à coletividade. Por um lado, representantes plenamente instruídos e com profundos conhecimentos técnicos podem ter dificuldades em alegar que foram iludidos por declarações enganosas. Esta questão tem sido suscitada principalmente em *class actions* envolvendo disputas empresariais e o mercado de valores mobiliários, com diferentes resultados práticos. Na maioria dos casos, contudo, este tipo de alegação costuma ser rejeitado porque tal afirmação acaba se confundindo com o mérito da pretensão individual do representante, não impedindo o processamento coletivo da demanda³⁴⁴.

Ao mesmo tempo, alguns demandados sustentam a inadmissibilidade da *class action* porque o representante ignora totalmente os fatos que ensejaram o ajuizamento da ação, a tese jurídica apresentada ou simplesmente porque são pouco instruídos. Alega-se, em tais hipóteses, que o representante não passaria de um instrumento nas mãos do advogado, sendo a demanda conduzida exclusivamente pelas decisões tomadas pelo próprio causídico (*lawyer-driven suit*). Nada obstante, existe um precedente da Suprema Corte em que se afirmou que a Regra 23 não pode ser interpretada de modo a impedir que pessoas pouco instruídas proponham demandas judiciais³⁴⁵. A

Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. 3 ed. Federal Judicial Center: Washington, 1995, p. 219. Curiosamente, a orientação não foi reproduzida nem afastada na quarta edição do *Manual for Complex Litigation*, publicada em 2004.

³⁴² Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party...* Op. Cit., p. 48. O *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 estabeleceu, em caráter excepcional, que nas *class actions* em matéria de mercado de valores, o juiz deve escolher sempre o melhor representante disponível, presumivelmente aquele que possuir a pretensão individual de maior valor.

³⁴³ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 439.

³⁴⁴ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 458.

³⁴⁵ Vide *Suowitz v. Hilton Hotels Cops.*, 383 US 363, 372/373 (1966) (“*In fact the opinion of the Court of Appeals indicates in several places that a woman like Mrs. Suowitz, who is uneducated generally and illiterate in economic matters, could never under any circumstances be a plaintiff in a derivative suit brought in the federal courts to protect her stock interests. We cannot construe Rule 23 or any other one of the Federal Rules as compelling courts to summarily dismiss, without any answer or argument at all, cases like this where grave charges of fraud are shown by the record to be based on reasonable beliefs growing out of careful investigation.*”). Vide, no entanto, MULLENIX, Linda S. Op. Cit., p. 1710, sustentando que o precedente em *Suowitz* vem sendo aplicado pelos tribunais norte-americanos de forma indevida nos dias de hoje, porque se tratava de uma ação ajuizada ainda sob a redação original da Regra 23 e cuja decisão foi proferida com base em fundamentos distintos.

maioria dos juízes tem seguido a orientação da Suprema Corte mesmo para as hipóteses em que se alega faltar conhecimento dos próprios fatos envolvidos no litígio³⁴⁶, o que reforça ainda mais a relativa desimportância do representante em uma *class action*.

É aconselhável, no entanto, que o representante do grupo tenha consciência de suas responsabilidades, evitando conflito de interesses com os outros integrantes da classe e se dispondo a participar diretamente do processo, inclusive para se submeter à *discovery*, caso necessário para a elucidação dos fatos controvertidos³⁴⁷.

Da mesma forma, acusações de condutas imorais, desonestas ou ilícitas por parte do representante, por si só, têm sido reputadas irrelevantes³⁴⁸. Por óbvios motivos, o cometimento de crimes pelo representante no passado não pode ser considerado, por exemplo, em uma *class action* proposta em benefício de presidiários. De todo o modo, os juízes norte-americanos costumam admitir esta espécie de alegação somente quando a conduta reprovável possuir relação direta com o interesse coletivo que se pretende defender na ação. O precedente *In re Proxima Corp. Securities Litigation*, proferido por uma corte distrital na Califórnia, revela-se ilustrativo. Na hipótese, o autor ingressou em juízo para defender os interesses dos acionistas de uma determinada empresa. Ele foi considerado inadequado para representar os direitos do grupo, todavia, uma vez que ele havia admitido ter cometido fraudes contra a empresa no passado³⁴⁹.

As condições físicas do representante são eventualmente questionadas. O autor de uma *class action* pode ser muito idoso, estar doente ou até mesmo morrer no curso do processo, muitas vezes em virtude dos próprios danos ocasionados pelo demandado. Normalmente, esta questão não tem sido considerada pelos tribunais como fundamento suficiente para não se admitir uma ação coletiva³⁵⁰. No caso *Kriendler v. Chem. Waste Magmt*, por exemplo, uma corte distrital em Illinois certificou uma *class action*, apesar do representante ser uma pessoa de 88 anos com problemas cardíacos³⁵¹. Quando o representante falece, geralmente os tribunais permitem a substituição do

³⁴⁶ Vide os inúmeros precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 461/464. Segundo uma pesquisa empírica feita por Robert H. Klonoff, no período de 1994 a 2003, apenas 18 de todos os 763 casos (ou 2,4%) em que se enfrentou o requisito da representatividade adequada considerou-se inadequado o representante da classe por absoluta falta de conhecimento sobre os fatos envolvidos na causa. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 682. Vide, outrossim, MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 93/94 (sustentando que não faz sentido qualquer investigação acerca das capacidades intelectuais e dos conhecimentos específicos sobre o caso que os representantes da classe detêm ou não, porque na realidade eles não passam de figuras decorativas que não têm influência nenhuma sobre a representatividade coletiva).

³⁴⁷ Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. Op. Cit., p. 277 e a decisão proferida no caso *In re Storage Tech. Corp. Sec. Litig.*, 113 F.R.D. 113 (D. Colo. 1986) (considerando inadequados os representantes da classe que deixaram de prestar depoimento e que se revelaram excessivamente passivos para prosseguir vigorosamente na defesa dos interesses da coletividade).

³⁴⁸ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 498. Segundo a pesquisa de Robert Klonoff, apenas 4 em 763 decisões na Justiça Federal consideraram este fator para denegar a certificação de uma *class action* por falta de representatividade adequada, ao passo que inúmeras outras decisões em sentido contrário entenderam ser irrelevantes tais alegações. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 685.

³⁴⁹ O precedente *In re Proxima Corp. Securities Litigation* se encontra referido na obra de CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 500.

³⁵⁰ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 500. Segundo a pesquisa apresentada por Robert Klonoff, apenas uma única decisão de todas as que foram consultadas pelo autor em seu estudo deixava de admitir a *class action* por tal fundamento. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 687.

³⁵¹ Vide *Kriendler v. Chem. Waste Magmt*, 877 F.Supp. 1140 (N.D.Ill. 1995).

autor por seus descendentes, embora o juiz possa convidar outros membros do grupo a intervir no feito para reforçar a representatividade adequada³⁵².

A jurisprudência e a doutrina se encontram divididas, entretanto, no que diz respeito à capacidade financeira do representante. Uma *class action* é um procedimento extremamente oneroso, envolvendo gastos que podem chegar a dezenas ou centenas de milhares de dólares com a produção de provas através da *discovery*, com honorários de peritos e notificações para os membros do grupo. A princípio, se um representante não tiver recursos para suportar todas as despesas, não poderá defender de forma vigorosa os interesses da coletividade e estará suscetível a propostas de acordo desvantajosas. Por isso, sustentam alguns juízes que não se pode representar adequadamente uma classe sem recursos financeiros suficientes para tanto³⁵³.

Nada obstante, nos Estados Unidos, as *class actions* costumam ser financiadas não pelo representante, mas pelos advogados, ou melhor, pelos escritórios de advocacia, que muitas vezes se associam para suportar as pesadas despesas processuais. As Regras-Modelo de Conduta Profissional (*Model Rules of Professional Conduct*) da *American Bar Association* (ABA), entidade responsável pela disciplina da advocacia naquele país, permitem que os causídicos adiantem todas as despesas processuais, condicionando o ressarcimento apenas a uma vitória na ação ou à celebração de um acordo³⁵⁴. Na hipótese de representante hipossuficiente, as despesas poderão ser livremente adiantadas pelo advogado. Dessa forma, ponderam alguns juízes, é a saúde financeira do escritório de advocacia que precisa ser avaliada³⁵⁵. Este entendimento predomina na jurisprudência, embora com algumas divergências pontuais.

Uma solução para esta questão, válida especialmente para demandas em que se defendem direitos fundamentais, com pretensões mandamentais e declaratórias – não havendo, portanto, a perspectiva de uma indenização – está em permitir que as despesas processuais sejam suportadas por terceiros, sobretudo por associações interessadas na defesa desses direitos. As Regras-Modelo da ABA permitem tal prática, desde que haja o consentimento da classe, a ser obtido através de seu representante, sob a supervisão do juiz. A Regra 1.8 (f) das Regras-Modelo prevê ainda que não pode haver interferência desses terceiros na independência profissional do causídico.

³⁵² Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 503/504.

³⁵³ Vide, entre outros, *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 874 F.2d 1417 (11th Cir. 1989), *amend. on den'l reh'ng*, 893 F.2d 293 (11th Cir. 1990); *Beal v. Midlothian Indep.*, 2002 WL 1033085 (N.D. Tex. 2002).

³⁵⁴ Ressalte-se, porém, que alguns estados americanos não adotaram as Regras-Modelo da ABA de 1983, permanecendo com o antigo Código-Modelo de Responsabilidade Profissional de 1969. O antigo Código-Modelo permite ao advogado adiantar as despesas processuais, mas a parte será *sempre* responsável pelo devido ressarcimento. Condicioná-lo à vitória na ação é considerado uma conduta antiética, podendo até mesmo afastar a representatividade adequada do advogado em uma ação coletiva. Vide, por exemplo, *Weber v. Goodman*, 9 F.Supp.2d 163 (E.D.N.Y. 1998) (“*Since Illinois has adopted the ABA’s Model Rule of Professional Conduct 1.8(e), Edelman & Combs’ typical fee arrangement is ethical in Illinois. Because its fee arrangement is considered inappropriate in New York, Edelman & Combs is not an adequate plaintiff counsel, and class certification must be denied on that ground*”).

³⁵⁵ Vide *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F.2d 596 (7th Cir 1991) (sustentando que não se pode esperar que o autor gaste toda a sua fortuna em uma ação que muitas vezes lhe trará benefícios econômicos reduzidos); *In re Alcoholic Beverages Litigation*, 95 F.R.D. 321 (E.D.N.Y. 1982) (ênfatizando que os advogados adiantariam as despesas processuais, não havendo razão para investigar as condições econômicas dos autores)

Outras questões têm sido suscitadas pelos demandados ainda em termos de tutela vigorosa dos interesses da classe pelo representante, geralmente mal sucedidas. Alegações de que o autor estaria agindo com propósitos de vingança normalmente costumam ser rejeitadas, por se tratar de afirmação hipotética e especulativa. Em ações propostas em benefício de acionistas, é comum alegar a falta de representatividade adequada porque o objetivo do demandante, na verdade, seria assumir o controle da empresa ré. Embora exista alguma controvérsia, o entendimento predominante é que tal alegação somente será admitida se forem apresentados fatos ou indícios concretos, evidenciando a inadequação do autor para defender em juízo os interesses dos demais acionistas³⁵⁶. Dependendo das circunstâncias do caso, a simples mudança de residência do representante para um outro estado também pode ser motivo para que se alegue sua inadequação e incapacidade em acompanhar de perto a ação coletiva, desde que se demonstre o seu desinteresse na condução do processo³⁵⁷.

3.2 Segunda dimensão quanto ao representante: ausência de conflito de interesses

A presença de um conflito de interesses entre o representante e o grupo constitui a principal justificativa encontrada na jurisprudência para inadmitir *class actions* por falta de representatividade adequada³⁵⁸. Como ações coletivas frequentemente envolvem disputas em torno de valores elevados e interesses titularizados por um grande número de pessoas, não é raro que se verifiquem conflitos de interesses, desde a conveniência no ajuizamento da ação até a espécie de tutela processual requerida.

Os conflitos podem se dar de diferentes formas: entre todos os representantes; entre os representantes e todo o grupo; entre um dos representante e apenas uma parcela da classe; entre representantes e advogados; entre o advogado e parte dos representantes e assim por diante. As possibilidades são praticamente inesgotáveis.

Diversas são também as soluções que podem ser adotadas pelo juiz em caso de conflito de interesses: admitir o processamento coletivo apenas de forma limitada a algumas pretensões ou a uma parte do grupo; determinar a formação de subclasses; obrigar a intervenção de novos integrantes do grupo para reforçar a representação da coletividade; assegurar o direito de exclusão (*opt-out*), aliviando as tensões internas ao grupo, ou mesmo inadmitir integralmente a *class action*, caso os antagonismos sejam insuperáveis. Sempre que possível, a ação coletiva deverá ser

³⁵⁶ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 457. Em *William Penn Management Corp. v. Provident Fund for Income, Inc.*, 68 F.R.D. 456 (E.D.Pa. 1975), por exemplo, a corte distrital considerou inadequado o representante porque seu interesse pessoal em assumir o controle da empresa poderia motivá-lo a recusar propostas de acordo que beneficiassem o resto da classe.

³⁵⁷ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 517.

³⁵⁸ Vide KLONOFF, Robert H. *The Judiciary's flawed application...* Op. Cit., p. 687 (quase 53% dos casos em que se considerou inadequado o representante foi por ter sido verificado um conflito de interesses).

preservada, pelos menos em parte, quando o conflito se der somente com uma parcela do grupo, mas apenas as circunstâncias concretas indicarão se isto será viável ou não³⁵⁹.

Concentrando as atenções sobre a figura do representante, evidentemente não se pode permitir uma *class action* em que seus interesses sejam conflitantes com o grupo, porque isto violaria o devido processo legal. Os interesses dos representantes e da classe devem sempre estar em perfeita sintonia³⁶⁰. Isto não significa, entretanto, que devam todos os integrantes do grupo concordar sobre a conveniência na propositura da ação ou a respeito da tese jurídica apresentada. Em *Horton v. Goose Creek Independent School District*, por exemplo, estudantes de uma escola propuseram uma ação questionando procedimentos adotados na busca por tóxicos. Apesar de alguns dos estudantes da escola serem favoráveis à postura adotada na busca por drogas no estabelecimento de ensino, os autores não foram considerados representantes inadequados³⁶¹, pois não se poderia exigir unanimidade de entendimentos em uma ação coletiva.

Da mesma forma, em *Green v. Cady*, o representante de um grupo formado por presidiários foi considerado adequado, ainda que se tivesse alegado na ação coletiva a incapacidade das autoridades carcerárias em assegurar a integridade física dos detentos em brigas envolvendo outros presos, membros do próprio grupo tutelado³⁶². De modo semelhante, geralmente não se consideram divergências quanto à estratégia processual como um conflito de interesses, nem como falta de representatividade adequada³⁶³. Isto não significa, porém, que a discordância do grupo deva ser desconsiderada. Tudo irá depender das circunstâncias do caso concreto, especialmente da extensão do conflito e de sua relação com o objeto do processo e os interesses comuns da classe³⁶⁴.

Em certas hipóteses, o conflito de interesses se verifica unicamente entre o representante e o resto da classe. Suponha-se que o demandante de uma ação coletiva proposta em benefício de acionistas seja também um dos diretores da sociedade ré. Neste caso, poderá se verificar facilmente um conflito, especialmente se for possível a responsabilização subsidiária dos diretores³⁶⁵. Uma das possíveis soluções em tal caso seria a substituição do autor por outro acionista. Pode ser ainda que o demandante esteja litigando unicamente para satisfazer o seu próprio interesse pessoal ou mesmo esteja de conluio com a parte contrária, em detrimento do grupo. Na maioria dos casos, porém, o

³⁵⁹ Vide os precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 424/426 e a posição que se sustentou em COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1140 (conflitos com apenas uma parte do grupo não podem acarretar a inadmissão de toda a ação coletiva). Vide, contudo, NOTE. Class actions: defining the typical and representative plaintiff under subsections (a)(3) and (4) of Federal Rule 23, *Boston University Law Review*, v. 53, 1973, p. 427/428 (a criação de subclasses pode não ser a melhor alternativa em decorrência da necessidade de determinar em qual dos subgrupos cada um dos integrantes da classe original se insere).

³⁶⁰ Vide KAPLAN, Benjamin. Continuing work of the civil committee: 1966 amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I), *Harvard Law Review*, v. 81, 1967, p. 387, nota 120.

³⁶¹ Vide *Horton v. Goose Creek Independent School District*, 677 F.2d 471 (5th Cir. 1982)

³⁶² Vide *Green v. Cady*, 90 F.R.D. 622 (E.D.Wis. 1981).

³⁶³ Vide MARCUS, Richard F.; SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 296/297, ressaltando os casos em que há divergência de estratégia da maioria dos representados quanto a aspectos fundamentais da *class action*.

³⁶⁴ Alguns autores propõem que os tribunais levem em consideração outros aspectos. Vide, por exemplo, MILLER, Geoffrey P. Conflicts of interest in class action litigation: an inquiry into the appropriate standard, *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, 2003, p. 581 (propondo que se adote a sistemática do “consentimento hipotético”, ou seja, somente se reconhecerá um conflito de interesses se um autor razoável, ignorando o seu papel dentro da coletividade, não aceitasse a conduta proposta na ação).

³⁶⁵ Vide precedentes nesse sentido em NOTE. Developments in the law... Op. Cit., p.1497.

conflito é um reflexo direto de tensões internas do grupo, que se encontra dividido em facções mais ou menos definidas por uma diversidade de motivos, que podem ter fundamentos de ordem econômica (receber ou não do réu a maior indenização possível), jurídica (notadamente a espécie da pretensão postulada) ou mesmo na conveniência da propositura de uma *class action* contra o demandado³⁶⁶.

O conflito pode surgir também em diferentes momentos, desde o ajuizamento da ação até a distribuição do fundo de indenizações obtido com o êxito da *class action*. Não obstante, conflitos especulativos ou hipotéticos devem ser desconsiderados, sendo apenas debelados quando se tornarem reais e efetivos³⁶⁷. Caso se verifique, por exemplo, que os integrantes da classe podem vir a divergir quanto à forma de distribuição de um fundo limitado de recursos indenizatórios, ainda assim será possível admitir a *class action* para apurar coletivamente a responsabilidade do demandado. Na hipótese do grupo prevalecer, então o juiz deverá resolver o problema, aplicando a solução mais apropriada³⁶⁸. Por isso, é indispensável que o juiz controle sempre a representatividade adequada e verifique o eventual surgimento de um conflito de interesses durante todo o andamento do processo coletivo.

Normalmente, conflitos não relacionados ao próprio objeto do processo não impedirão a admissibilidade da ação coletiva³⁶⁹. No caso *Sunrise Toyota, Ltd. v. Toyota Motor Co.*, por exemplo, alegava-se que um fabricante de veículos estaria prejudicando deliberadamente as vendas das agências de automóveis de Nova Iorque. A alegação do demandado de que existia conflito de interesses entre os integrantes da classe porque eles eram concorrentes foi rejeitada pela corte distrital, visto que, apesar de disputarem o mesmo mercado de comercialização de veículos, os seus interesses eram coincidentes quanto ao objeto do processo³⁷⁰. Somente quando se verificar uma repercussão direta dos conflitos extraprocessuais do grupo sobre o objeto da ação é que se poderá impugnar a adequação dos representantes.

A discordância entre os membros do grupo quanto à conveniência da ação coletiva, como visto, nem sempre conduzirá à falta de representatividade adequada³⁷¹. Quando ocorre, porém, profunda divergência entre os integrantes da classe, isto deverá ser levado em consideração³⁷². No caso *Alston v. Virginia High School League, Inc.*, em que se questionavam atos supostamente discriminatórios contra estudantes de escolas públicas da Virgínia que competiam em atividades

³⁶⁶ Vide NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 418/427.

³⁶⁷ Nesse sentido, CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 422 e MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 297.

³⁶⁸ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 454.

³⁶⁹ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 435.

³⁷⁰ Vide *Sunrise Toyota, Ltd. v. Toyota Motor Co.*, 55 F.R.D. 519, 533 (S.D.N.Y. 1972) (“*Although on one level all members of the plaintiff class are competitors in the sale of Toyota vehicles within the Region, nonetheless as to the class claims their interests are alike. There is no ground for fear that plaintiff’s interests are antagonistic to those of others in the class as to the subject matter of the case.*”).

³⁷¹ Vide, porém, NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 425, propugnando pela extinção da ação sempre que se verificar oposição dos membros representados.

³⁷² Vide, contudo, os precedentes trazidos em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 449/450, considerando irrelevantes eventuais divergências neste aspecto.

esportivas, uma pesquisa revelou que a maioria das alunas preferia que a situação permanecesse como estava, indicando forte discordância quanto à pretensão mandamental deduzida³⁷³.

Eventualmente, até mesmo a indiferença do grupo pode ser um fator contra a admissibilidade da ação coletiva, como se verificou no caso *Liberty Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Marketing Corp.*, em que somente um único integrante do grupo interveio no feito após cinco meses do ajuizamento da ação³⁷⁴. Na dúvida, todavia, a maioria dos tribunais não reconhece a falta da representatividade adequada nestas circunstâncias. No caso *Larry James Oldsmobile-Pontiac-GMC Truck Co., Inc. v. General Motors Corp.*, por exemplo, apesar de o réu ter apresentado declarações de 65 diferentes agências de veículos manifestando oposição à representação em juízo, a ação foi certificada porque o demandante demonstrou que alguns dos membros ausentes tinham receio de sofrer retaliações do fabricante³⁷⁵.

Em caso de controvérsia na conveniência da *class action*, é importante distinguir ações certificadas na subseção (b)(3) das demais, porque o exercício do direito de auto-exclusão (*opt-out*) que somente é previsto nesta categoria da Regra 23, permitirá que os membros dissidentes sejam desvinculados do processo coletivo. Por isso, para ações admitidas nesta categoria, normalmente será mais difícil que se reconheça um conflito de interesses com base neste fundamento³⁷⁶.

Divergências quanto à tutela processual pretendida também podem gerar conflito de interesses, especialmente se repercutirem sobre a solvência do demandado³⁷⁷. Embora não seja possível exigir a concordância de todos os representados, sob pena de tornar inviável a admissibilidade das *class actions* na grande maioria dos casos³⁷⁸, trata-se de circunstância a ser igualmente considerada pelo juiz. Isto acontece, por exemplo, em ações envolvendo membros presentes (que já sofreram o dano), que buscam receber o maior valor possível a título de indenização, e futuros (que já foram expostos a um produto tóxico ou defeituoso, como amianto ou implantes de silicone, mas ainda não desenvolveram doenças, nem outros danos efetivos), que preferem receber indenizações menores, desde que preservada a capacidade financeira do réu para arcar com novos danos que possam vir a aparecer no futuro³⁷⁹.

O mesmo se dá quando o representante já não mantém relação jurídica alguma com o réu, enquanto que outros membros ainda têm interesse na sua continuidade. Embora a questão esteja relacionada também com o requisito da tipicidade, em termos de adequação da representação, é preciso verificar se existe um conflito de interesses ou não. Um antigo empregado, franqueado, acionista, segurado, investidor ou revendedor pode querer receber somente a maior indenização possível, ainda que venha a causar a ruína da atividade econômica do réu, ao passo que

³⁷³ Vide *Alston v. Virginia High School League, Inc.*, 184 F.R.D. 574 (W.D.Va. 1999).

³⁷⁴ Vide *Liberty Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Marketing Corp.*, 149 F.R.D. 65 (D.N.J. 1993)

³⁷⁵ Vide *Larry James Oldsmobile-Pontiac-GMC Truck Co., Inc. v. General Motors Corp.*, 164 F.R.D. (N.D.Miss 1996)

³⁷⁶ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 448.

³⁷⁷ Vide, entre outros, NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 420 e NOTE. Developments in the law... Op. Cit., p.1493.

³⁷⁸ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 451.

³⁷⁹ Vide, por exemplo, *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 US 591 (1997) (não foi admitida a aprovação de um acordo envolvendo vítimas presentes e futuras do amianto, entre outros motivos, por existir um conflito de interesses na classe a respeito da tutela pretendida e da forma de distribuição dos fundos disponibilizados a título de indenização).

empregados, franqueados, acionistas, segurados, investidores ou revendedores atuais ficarão mais satisfeitos em pleitear uma ordem judicial para que o ilícito não se repita no futuro³⁸⁰. Por outro lado, não se pode ignorar que estas mesmas pessoas que não mantêm relações jurídicas com o réu podem ser ótimos representantes, porque estarão livres de pressões ou de represálias³⁸¹. Somente as circunstâncias de cada caso concreto serão capazes de indicar se existe ou não um efetivo conflito de interesses entre representantes e representados.

A distribuição de fundos de indenização obtidos em uma *class action* também pode ser fonte de conflito de interesses. Membros atuais da classe, por exemplo, podem querer receber logo a maior indenização possível do fundo, ao passo que os membros futuros provavelmente vão preferir preservá-lo para se precaver contra possíveis danos que venham a surgir em um momento posterior³⁸². Como discutido, geralmente estes casos não impedem de forma absoluta a certificação de uma ação para processamento coletivo, mas podem provocar graves conflitos quando forem distribuídos os recursos ou mesmo por ocasião da aprovação de um acordo.

3.3 Primeira dimensão quanto ao advogado: vigorosa tutela

Recentemente, tem-se verificado certa tendência na jurisprudência em analisar o requisito da representatividade adequada, notadamente quanto à dimensão da vigorosa tutela, na figura do advogado³⁸³. Isso porque, como já se viu, é o causídico quem toma as decisões mais importantes em uma *class action*: ele é quem formula as pretensões a serem postuladas, quem apresenta os fundamentos jurídicos na ação coletiva, quem negocia os acordos com os patronos da parte adversa, e muitas outras situações que normalmente não passam sequer pela aprovação do representante do grupo, levando alguns autores americanos até mesmo a sugerir sua supressão³⁸⁴.

A tendência se reforçou ainda mais com a reforma da Regra 23 aprovada em 2003, passando a se determinar expressamente na alínea (g) que os advogados devem proteger justa e adequadamente os interesses da classe. Na verdade, neste aspecto, a reforma apenas consolidou algumas práticas já adotadas nos tribunais norte-americanos, de maneira que os precedentes anteriores ao ano de 2003 ainda podem ser invocados sem maiores dificuldades³⁸⁵.

³⁸⁰ Nesses termos, vide COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1141/1142; CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 487 e segs.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 605/606.

³⁸¹ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 491.

³⁸² Vide, por exemplo, *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 US 591, 626 (1997) (“In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future”) e *Ortiz v. Fibreboard Corp.* 527 US 815 (1999).

³⁸³ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 416.

³⁸⁴ Vide, por exemplo, BURNS, Jean Wegman. *Decorative figureheads*... Op. Cit., p. 485.

³⁸⁵ Vide, nesse sentido, o senso crítico de MULLENIX, Linda S. *Taking adequacy seriously*... Op. Cit., p. 1690 (“In large measure, these new provisions are relatively unimaginative, noninnovative and work to simply codify existing case

Apesar disso, a realidade mostra ser muito difícil questionar a adequação de um advogado³⁸⁶. Normalmente, os tribunais presumem a sua capacidade em termos de experiência, competência, ética e até mesmo quanto aos recursos financeiros e logísticos para defender os interesses da coletividade, salvo provas inequívocas em contrário³⁸⁷. Em algumas decisões, os juízes tecem detidas considerações a respeito da capacidade do patrono em promover a defesa dos direitos de toda a classe, mesmo sem ter sido suscitada a questão pelo demandado, mas se trata claramente de exceções que apenas servem para confirmar a regra geral³⁸⁸.

De todo o modo, a adequação do advogado deve sempre ser aferida em relação a todo o grupo, não apenas quanto ao representante. Assim, ele deve agir na defesa dos interesses da coletividade a todo momento, ainda que venham eventualmente a conflitar com os do representante. Ainda que o número de casos em que se discutiu o assunto não seja expressivo, alguns critérios tem sido utilizados pela jurisprudência para avaliar a adequação do causídico e foram consagrados na Regra 23 (g)(1)(A).

O primeiro critério contido na norma em questão diz respeito ao trabalho do advogado em identificar e investigar as pretensões do grupo. Avalia-se, sobretudo, a qualidade das petições apresentadas, o trabalho investigativo antes e durante o litígio, principalmente na fase da *discovery*, e o cumprimento de prazos pelo patrono da classe. Um advogado que não deduz todas as pretensões pertinentes em uma *class action* pode acarretar graves danos para o grupo. A questão não é simples, porém: pode ser que alguns pedidos não tenham sido apresentados ou a classe seja definida em termos mais restritos somente com o objetivo de facilitar a certificação, sem que isto comprometa a adequação do causídico³⁸⁹. Normalmente, não se exige um alto padrão de desempenho, sendo suficiente que se trate de um profissional minimamente competente³⁹⁰. Em casos de flagrante inépcia profissional, contudo, a ação pode ser inadmitida inclusive após a sentença³⁹¹, para proteger os interesses dos membros ausentes do grupo.

law”) e, ainda, em MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millenium and the blurring of categorical imperatives, *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, 2003, p. 177/178.

³⁸⁶ Segundo pesquisa empírica apresentada por KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application.... Op. Cit., p. 689/690, o advogado foi considerado inadequado em somente 31 dos 687 casos (4,5% das decisões) em que se enfrentou a questão. A relutância de alguns juízes em emitir avaliações negativas sobre advogados já havia sido detectada pela doutrina desde os primeiros anos após a reforma de 1966. Vide DONELAN, Charles. Op. Cit., p. 536 e COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1137. Uma das explicações para tal fenômeno, como se poderia imaginar, é o possível desconforto para um julgador emitir juízos de valor a respeito da carreira profissional e atuação dos advogados. Vide, nesse sentido, MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously... Op. Cit., p. 1701/1702.

³⁸⁷ Vide, nesse sentido, os numerosos precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 530/531 (sustentando que a presunção de competência do advogado é apropriada). Vide, entretanto, as críticas de KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application.... Op. Cit., p. 697 (criticando a postura passiva dos juízes).

³⁸⁸ Vide, por exemplo, *Jerry Enter v. Allied Beverage Group, LLC*, 178 F.R.D. 437 (D.N.J. 1997) (enfrentando a representatividade adequada do advogado de ofício); *Gilmore v. Southwestern Bell Mobile Systems*, 210 F.R.D. 212 (N.D.Ill. 2001) (questionando se o ônus de afastar a representatividade adequada deveria mesmo ser atribuído ao réu); *In re Cardinal Health, Inc. ERISA Litigation*, 225 F.R.D. 552 (S.D. Ohio 2005) (discutindo em várias páginas as qualificações dos advogados)

³⁸⁹ Vide COMMENT. Preserving adequacy of representation when dropping claims in class actions, *University of Missouri-Kansas City Law Review*, v. 74, 2005, p. 105.

³⁹⁰ Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and multi-party litigation*.... Op. Cit., p. 57.

³⁹¹ Vide *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1st Cir. 1986) (a ação de classe foi decertificada após o veredito porque o advogado apresentou as testemunhas de forma ininteligível e teve péssimo desempenho no julgamento). Esta hipótese é

Um dos principais aspectos da competência do profissional, que costuma ser destacado na jurisprudência, diz respeito ao momento em que este vem a requerer a admissibilidade da ação coletiva, o que nem sempre será possível por ocasião da petição inicial. Pode ser necessária a produção de alguma prova, por exemplo, para que se investigue a existência de outros indivíduos com pretensões comuns ao demandante. Atrasos injustificados na apresentação do requerimento de certificação podem ser fatais, dependendo das circunstâncias de cada caso³⁹².

Os prazos para requerer a certificação podem estar disciplinados em regras locais das cortes distritais ou podem ser fixados pelo juiz da causa. Algumas vezes, o atraso será devido a determinações do próprio julgador ou em decorrência de não se ter completado alguma fase do processo, não podendo a culpa ser imputada ao causídico. Se não se puder aferir de plano qual o motivo do retardamento, o advogado terá que prestar explicações e a razoabilidade de sua justificativa poderá ser decisiva para sua permanência na ação³⁹³. A ocorrência de fatos fora de seu controle, como sua internação em um hospital, a perda de um familiar ou um incêndio no escritório, normalmente são admitidos. De qualquer maneira, simples atrasos no pedido de certificação, por si só, não são suficientes para que se considere o patrono inadequado, desde que se evidencie que não houve prejuízos para os representados³⁹⁴. Em fases mais avançadas do processo, a substituição do causídico pode gerar maiores retardamentos do que a concessão de um novo prazo, devendo o juiz analisar a totalidade da situação³⁹⁵.

O segundo e terceiro critérios previstos na Regra 23 se referem à experiência e aos conhecimentos do advogado com ações coletivas, outros procedimentos complexos, com as pretensões deduzidas no processo e a lei aplicável ao caso concreto. Os juízes observam, entre outros aspectos, a experiência, qualificações e reputação do patrono. Alguma experiência com *class actions* e com o direito material invocado são atributos desejáveis, mas não indispensáveis³⁹⁶. Jovens advogados podem ser admitidos para defender a coletividade, pois a longevidade na profissão não necessariamente indicará maior habilidade ou conhecimento³⁹⁷. Na prática, embora se encontrem decisões que destacam as qualificações dos advogados para justificar sua adequação, dificilmente se leva em conta este fator *contra* os causídicos³⁹⁸. Mesmo em casos em que o profissional se revela absolutamente inexperiente e sem conhecimentos técnicos sobre o assunto,

excepcional, todavia, na medida em que o réu também tem o direito, pelo menos a princípio, de vincular toda a coletividade a uma sentença de improcedência.

³⁹² Nesse sentido, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 543. Vide, entretanto, *McKinnon v. Talladega County, Ala.*, 745 F.2d 1360 (11th Cir. 1984) (*class action* mantida mesmo após o advogado não ter cumprido o prazo estabelecido para requerer a certificação, porque este fato não acarreta automaticamente a inadequação do patrono para defender os interesses da coletividade).

³⁹³ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 546.

³⁹⁴ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 546/547.

³⁹⁵ Vide *Kramer v. Scientific Control Corp.*, 534 F.2d, 1085, 1094 (3rd Cir. 1976) (“*There may be cases that have progressed so far and are so complex that requiring substitution of counsel would substantially delay the termination of the litigation and substantially harm the interests of the class members. In such instances, the district court may allow the litigation to proceed...*”).

³⁹⁶ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 533.

³⁹⁷ Vide *Jornson v. Georgia Highway Exp., Inc.*, 488 F.2d 714, 719 (5th Cir. 1974) (“*If a young attorney demonstrates the skill and ability, he should not be penalized for only recently being admitted to the bar*”).

³⁹⁸ Vide *Ikonen v. Hartz Mountain Corp.*, 122 F.R.D. 258 (S.D.Cal. 1988) (ênfatizando que o advogado escreveu obras doutrinárias sobre *class actions* e que seu escritório tinha experiência em tais casos).

geralmente os juízes determinam que ele se associe com outro advogado que possua tais atributos para que a *class action* seja admitida neste aspecto³⁹⁹.

O último critério expresso na Regra 23 se refere aos recursos destinados pelo advogado à proteção da classe. Na ausência de delimitação do conceito de “recursos” na norma ou nas notas do Comitê Consultivo responsável pela reforma de 2003, podem aqui ser considerados uma série de fatores: capacidade de o advogado financiar o litígio, adiantando as despesas processuais, principalmente nos estados americanos em que se admite condicionar o ressarcimento a uma vitória na ação; dedicação à causa, revelada pela qualidade do trabalho e pelo pronto cumprimento das determinações judiciais; capacidade de coordenar demandas coletivas e individuais paralelas em outros juízos federais ou estaduais⁴⁰⁰; e, finalmente, os recursos logísticos do escritório, que deverá ser capaz de fornecer auxílio e informações para o grupo.

Evidentemente, *class actions* de âmbito nacional ou interestadual demandarão uma maior estrutura do escritório, que preferencialmente deverá estar estabelecido em vários estados ao mesmo tempo. A prática, contudo, revela que dificilmente os tribunais consideram inadequado um advogado por falta de recursos logísticos. No caso *Walton v. Franklin Collection Agency*, por exemplo, uma ação coletiva que poderia envolver potencialmente centenas de autores, o juiz considerou adequado um único advogado para defender em juízo os interesses de todo o grupo, apesar de o mesmo trabalhar sozinho em seu escritório⁴⁰¹.

Os critérios previstos na alínea (g) são apenas exemplificativos. Com efeito, existem pelo menos outros dois fatores relacionados ao advogado que costumam ser suscitados com relativa frequência. O primeiro deles é a prática de condutas antiéticas ou mesmo ilegais pelo causídico. Muito embora alguns juízes sejam intolerantes neste aspecto⁴⁰², a maioria dos tribunais dificilmente afasta um advogado por esse fundamento, ainda quando existam sérias preocupações a respeito⁴⁰³. No caso *Hawkins v. Comparet-Cassani*, por exemplo, considerou-se infundada a alegação de inadequação do patrono, apesar de o mesmo ter sido suspenso de praticar a advocacia pelo período de um ano⁴⁰⁴. Normalmente, os tribunais determinam que a parte adversa informe a conduta antiética do causídico através dos meios disciplinares próprios ou, ainda, requeira a aplicação das sanções previstas em lei, que podem acarretar a condenação da parte, do advogado ou mesmo do escritório de advocacia em uma multa ou em uma condenação a título de honorários advocatícios e

³⁹⁹ Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 56.

⁴⁰⁰ Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. Op. Cit., p. 278/279.

⁴⁰¹ Vide *Walton v. Franklin Collection Agency, Inc.*, 190 F.R.D. 404 (N.D.Miss. 2000).

⁴⁰² Vide, por exemplo, *Taub v. Glickman*, 1970 WL 210 (S.D.N.Y. 1970) (considerando inadequado o advogado por conduta imprópria, ainda que não tenha cometido nenhuma infração disciplinar); *Weber v. Goodman*, 9 F.Supp.2d 163 (E.D.N.Y. 1998) (considerando inadequados os patronos que adiantaram as despesas do processo e condicionaram o ressarcimento apenas a uma vitória, não sendo permitida tal prática em Nova Iorque). Como observa KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 57, os tribunais se mostram particularmente intolerantes com advogados que orientam clientes a prestar falso testemunho ou que destroem provas pertinentes ao processo. Vide, nesse mesmo sentido, embora enfatizando o requisito sobre os representantes, não em relação ao advogado, *Kaplan v. Pomerantz*, 132 F.R.D. 504 (N.D.Ill. 1990) (ação inadmitida por terem os autores prestado falso testemunho, ainda que a respeito de fatos sem maior relevância para a tutela coletiva).

⁴⁰³ Segundo a pesquisa de KLONOFF, Robert H. *The Judiciary's flawed...* Op. Cit., p. 692, somente em 3 de 687 decisões se considerou inadequado o advogado pela prática de conduta antiética ou ilegal.

⁴⁰⁴ Vide *Hawkins v. Comparet-Cassani*, 33 F.Supp.2d 1244 (C.D.Cal. 1999).

despesas processuais⁴⁰⁵ em favor da parte contrária. A eventual aplicação das penalidades cominadas na Regra 11, porém, não implica automaticamente o afastamento do advogado em uma *class action*⁴⁰⁶.

Um outro fundamento que costuma ser invocado pelos demandados e não se encontra previsto na alínea (g) da Regra 23 diz respeito ao completo desconhecimento do representante a respeito dos fatos da causa. Embora tal questão também possa ser considerada inadequação do próprio representante, alguns juízes entendem que, em tais hipóteses, foi o advogado quem falhou no dever de orientar seu cliente⁴⁰⁷. Na realidade, a ação acaba sendo conduzida apenas pelas decisões do próprio causídico, sem a supervisão do representante (*lawyer driven class action*). Um exemplo disso se encontra no caso *Wein v. Master Collectors, Inc.*, no qual se considerou inadequado o advogado porque o autor não teve a oportunidade de rever a petição inicial, nem sabia onde havia sido originalmente proposta a ação⁴⁰⁸.

A improcedência da ação coletiva, por si só, não demonstra inadequação do advogado. Ainda que haja vigorosa tutela, a coletividade poderá sair derrotada na *class action*, até porque a coisa julgada no modelo americano atinge a todos os integrantes do grupo independentemente do resultado, ressalvada a hipótese de auto-exclusão. Por outro lado, embora deixar de recorrer contra uma sentença de primeira instância possa ser considerado indício de representação ineficaz⁴⁰⁹, isto também não é suficiente para afastar o advogado da ação por dois motivos. Primeiro, porque seria um incentivo para que nunca se recorresse de sentenças de improcedência, desvinculando a coletividade e abrindo caminho, por via transversa, para o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, rechaçado do direito norte-americano após a reforma de 1966. Segundo, porque isto obrigaria os advogados a interpor recurso mesmo que destituídos de fundamento, contrariando os princípios mais básicos da economia processual.

3.4 Segunda dimensão quanto ao advogado: ausência de conflito de interesses

Os altos valores frequentemente envolvidos em uma *class action* podem resultar em conflitos de interesses entre o advogado e a coletividade. Como já discutido, as despesas em uma ação coletiva podem ser enormes, principalmente com a investigação dos fatos na fase da *discovery* e a notificação dos membros ausentes, chegando à casa dos milhares ou mesmo dos milhões de dólares. O incentivo do advogado em financiar o litígio está na perspectiva de uma recompensa ao final do processo em caso de vitória ou acordo, quando serão ressarcidas as despesas adiantadas e recebidos

⁴⁰⁵ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 536/537.

⁴⁰⁶ Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 537.

⁴⁰⁷ Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and multi-party litigation...* Op. Cit., p. 57.

⁴⁰⁸ Vide *Wein v. Master Collectors, Inc.*, 1995 WL 550475 (N.D.Ga. 1995).

⁴⁰⁹ Vide *Gonzales v. Cassidy*, 474 F.2d 67 (5th Cir. 1973).

os honorários advocatícios, normalmente no valor de um terço da condenação ou do valor ajustado no acordo. Esta prática é conhecida nos Estados Unidos como *contingency fee*⁴¹⁰.

Uma das peculiaridades do direito americano é que cada parte deve arcar com os honorários do advogado que contratou, independentemente do resultado do processo. A parte vencida não paga honorários de sucumbência, ao contrário do que se verifica no processo civil brasileiro⁴¹¹. A ação se transforma então em um verdadeiro investimento para o profissional, que financia seus processos e trabalha neles a fim de maximizar o valor obtido por seus clientes e, conseqüentemente, seus próprios honorários. A postura nitidamente empresarial assumida por alguns escritórios dá origem ao que se chama de advocacia empreendedora (*entrepreneurial advocacy*).

Apesar de existir certa relação de parceria entre os representados e o advogado, o caráter empreendedor da advocacia americana pode gerar conflitos de interesses. Em primeiro lugar, imagine-se uma *class action* com pedidos indenizatórios e injuntivos, admitida apenas em parte, quanto ao segundo pedido. Ou suponha-se que o interesse principal da coletividade não é pecuniário, mas sim obter uma declaração ou uma ordem mandamental. Em tais hipóteses, o advogado pode simplesmente deixar de promover a vigorosa tutela dos interesses do grupo, quando não tiver a perspectiva de receber os honorários que pretendia, ou mesmo submetê-los a seus interesses pessoais, deixando em segundo plano o pedido de natureza mandamental.

Mesmo em ações indenizatórias, o conflito de interesses pode surgir, devido à regra de que o vencido não paga honorários de sucumbência. Em algumas *class actions*, o demandado paga um montante alto, normalmente formando um fundo de recursos, a ser distribuído pelos membros da classe. O problema é que o advogado costuma retirar desse montante um percentual, a título de ressarcimento das despesas e honorários. Em alguns casos, sobretudo quando as pretensões individuais são de valor reduzido, o valor que caberá ao advogado pode praticamente esgotar os recursos obtidos na ação ou inviabilizar um acordo satisfatório com o réu⁴¹².

O caso paradigmático sobre o tema é *Kamilewicz v. Bank of Boston*. Na espécie, uma ação coletiva havia sido ajuizada anteriormente na justiça do estado do Alabama, sendo pouco depois aprovado um acordo com o banco réu, em que o mesmo concordava em restituir os valores cobrados indevidamente de seus correntistas. O problema é que se autorizou no acordo que o banco descontasse um total de US\$ 8,5 milhões de seus clientes para pagar os honorários dos advogados que defenderam o grupo. Ao final, a maioria dos membros ausentes ficou no prejuízo, porque o desconto realizado era maior do que a restituição obtida. Um dos clientes, que teve descontado de sua conta US\$ 91,33 para ganhar apenas US\$ 2,19, ajuizou uma ação na Justiça Federal contra o Bank of Boston e os advogados do grupo na *class action* em que se celebrou o acordo. Nada

⁴¹⁰ Sobre a *contingency fee*, vide, entre outros, KRITZER, Herbert M. The wages of risk: the returns of contingency fee legal practice, *DePaul Law Review*, v. 47, 1998, p. 267.

⁴¹¹ Esta particularidade quanto à distribuição dos honorários advocatícios é conhecida como *American Rule*. A regra americana se diferencia de quase todos os demais ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil. Sobre o assunto, entre outros, JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 5 ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 51; HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 96.

⁴¹² Vide JAMES JR., Fleming *et alii*. Op. Cit., p. 665.

obstante, a ação proposta por este cliente foi extinta porque se considerou impossível rever uma decisão transitada em julgado da justiça estadual do Alabama⁴¹³.

Muitas vezes, o conflito de interesses entre o advogado e a classe somente se instaura no momento das negociações de um acordo. Por um lado, o causídico pode querer receber logo a sua parte e celebrar acordos precipitados ou desvantajosos para o grupo, frequentemente obtendo vantagens ínfimas para o grupo em troca de vantajosos honorários⁴¹⁴. Por outro lado, o patrono pode querer litigar a causa por mais tempo somente para aumentar a pressão sobre o demandado e o poder de barganha, trazendo riscos desnecessários para a classe, aumento de despesas processuais e até mesmo uma compensação inferior no final para a coletividade.

Por vezes, o conflito do advogado com uma parcela da coletividade é apenas reflexo das tensões internas do próprio grupo representado. Em *Ortiz v. Fibreboard*, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou certa preocupação com o fato de as vítimas presentes e futuras dos efeitos à exposição do amianto estarem representadas pelos mesmos profissionais⁴¹⁵. Como já se viu acima, a eventual disputa entre membros presentes e futuros é resultado de um conflito de interesses dos próprios representados, principalmente quanto à tutela processual pretendida, que pode se refletir sobre os representantes e os advogados.

Uma questão controvertida na jurisprudência americana é se o advogado pode ser ao mesmo tempo um dos membros do grupo ou, melhor dizendo, se uma mesma pessoa pode ser representante e patrono da coletividade. Embora não se questione a viabilidade da postulação em causa própria nas ações individuais, o mesmo não ocorre em uma *class action*, onde estão em jogo também os interesses dos membros ausentes. Nestes casos, considera-se importante que o representante controle as decisões tomadas pelo advogado, para que a demanda não se transforme numa verdadeira *lawyer-driven suit*, correndo o risco de os direitos transindividuais ficarem submetidos a interesses particulares do causídico. Por este motivo, o entendimento majoritário dos tribunais é pela inadmissibilidade de cumulação das funções de representante e advogado, que devem necessariamente repousar sobre pessoas distintas⁴¹⁶.

Nesse mesmo sentido, encontram-se precedentes jurisprudenciais inadmitindo que os representantes e advogados sejam pessoas muito próximas entre si, como marido e esposa⁴¹⁷, pai e filho, tio e sobrinho, amigos próximos⁴¹⁸ ou até mesmo quando já atuaram em parceria em outras ações no passado⁴¹⁹, sendo sócios de fato. Da mesma forma, se o representante é empregado do

⁴¹³ Vide *Kamilewicz v. Bank of Boston*, 92 F.3d 506 (7th Cir. 1996).

⁴¹⁴ Vide, entre outros, NOTE. In-kind class action settlements, *Harvard Law Review*, v. 109, 1996, p. 810 e JAMES JR., Fleming *et alii*. Op. Cit., p. 665.

⁴¹⁵ Vide *Ortiz v. Fibreboard*, 527 U.S. 815, 856 (1999) (“*First, it is obvious after Amchem that a class divided between holders of present and future claims (some of the latter involving no physical injury and attributable to claimants not yet born) requires division into homogeneous subclasses under Rule 23(c)(4)(B), with separate representation to eliminate conflicting interests of counsel.*”)

⁴¹⁶ Vide, por exemplo, *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d 86 (9th Cir. 1974); *Bachman v. Pertschuk*, 437 F.Supp. 973 (D.D.C. 1977).

⁴¹⁷ Vide, entre outros, *Turoff v. May Co.*, 531 F.2d 1357 (6th Cir. 1976).

⁴¹⁸ Vide *London v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 340 F.3d 1246 (11th Cir. 2003).

⁴¹⁹ Vide *Jaroslawicz v. Safety Kleen Corp.*, 151 F.R.D. 324 (N.D.Ill. 1993).

patrono, presume-se não haver independência suficiente para que controle efetivamente a atuação do causídico. O que importa, para a maioria dos tribunais, é se o representante tem condições de supervisionar as decisões do advogado ou não, devendo ser analisadas as circunstâncias de cada caso concreto. Isso justifica decisões como em *Fetcher v. HMW Industries*, em que um advogado foi considerado inadequado simplesmente porque, apesar de nem mesmo figurar como representante, era um membro muito influente sobre o restante do grupo⁴²⁰. A questão, entretanto, está longe de ser pacífica. Alguns juízes e autores defendem a possibilidade de cumulação das funções em maior ou menor extensão⁴²¹, enquanto que outros sustentam até mesmo a completa supressão da figura do representante, entregando a defesa do grupo unicamente nas mãos dos advogados⁴²².

Dentro da realidade americana, parece desejável que representantes e patronos sejam pessoas diferentes pelos fundamentos já expostos, mas não se pode proibir em termos peremptórios esta alternativa. Imagine-se, por exemplo, uma *class action* em que se questione uma determinada lei tributária onerando indevidamente a prestação de serviços advocatícios. Em tese, todos os advogados poderiam ser incluídos na classe nesta hipótese, sendo impossível exigir que o patrono fosse alguém não interessado diretamente no resultado da demanda. Este é apenas um exemplo para mostrar que, embora indesejável, a cumulação de funções não pode ser descartada de plano.

4. Considerações finais

O controle judicial da representatividade adequada, embora deva ser admitido nas ações coletivas brasileiras, entre outras dificuldades examinadas, esbarra na falta de critérios claros e precisos para que o magistrado possa aferir a adequação do legitimado para defender em juízo os interesses da coletividade.

O objetivo do presente estudo consistiu em apresentar um panorama do instituto nos Estados Unidos, país em que o controle da adequação do representante pelo juiz já se encontra razoavelmente consolidado, após décadas de experiência, na jurisprudência e, em certa medida, também nas *Federal Rules of Civil Procedure*.

Elaborar uma proposta mais consistente e afinada com o direito brasileiro sobre os critérios de aferição da representatividade adequada extrapolaria os estreitos limites deste trabalho. Nada obstante, é necessário destacar pelo menos quatro circunstâncias que exigiriam maior reflexão em um estudo mais aprofundado sobre o assunto: a) no Brasil, não se contemplou a possibilidade de que pessoas físicas ingressem em juízo com ações coletivas; b) não se vislumbra, no direito

⁴²⁰ Vide *Fetchter v. HMW Industries*, 117 F.R.D. 362 (E.D.Pa. 1987).

⁴²¹ Vide, nesse sentido, CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 524/528 (minimizando os possíveis conflitos de interesses e sustentando a possibilidade de cumulação das funções).

⁴²² Vide BURNS, Jean Wegman. *Decorative figureheads...* Op. Cit., p. 185 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 58.

brasileiro, a possibilidade de o juiz determinar que a coletividade seja defendida por um advogado específico, diferente do profissional constituído pelo legitimado para propor a ação coletiva; c) não existe, no direito brasileiro, um modelo de advocacia empreendedora que se assemelhe ao dos Estados Unidos, o que torna bem menos provável a ocorrência de conflitos de interesses entre o profissional que atua na ação coletiva e o grupo; d) a celebração de acordos nas ações coletivas brasileiras não apresenta, nem de longe, o destaque que possui nas *class actions* norte-americanas, especialmente devido às severas restrições para a negociação de interesses metaindividuais, considerados indisponíveis.

Espera-se, de todo modo, que o presente estudo tenha contribuído positivamente para uma compreensão mais aprofundada da representatividade adequada.

A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO DIREITO LUSITANO

CONTEST OF INTERLOCUTORY DECISIONS IN THE PORTUGUESE LAW

CLARISSA GUEDES

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ e Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo - USP.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é sistematizar, no âmbito do direito lusitano, a evolução do recurso de agravo como instrumento destinado à impugnação de decisões interlocutórias. A adoção desse recurso no direito processual civil brasileiro suscitou e ainda suscita, desde os primórdios da criação da justiça até os dias atuais, constante polêmica acerca de seu cabimento, procedimento e modalidades. Cuida-se da descrição da evolução do agravo e da respectiva sistematização nas Ordenações do Reino, no intuito de viabilizar a visualização do instituto que originou o agravo brasileiro. A partir dessa perspectiva histórica, pudemos perceber que sistemática do agravo lusitano guarda compreensíveis semelhanças com o nosso método de impugnação das decisões interlocutórias. O que se busca com esse tipo de análise é demonstrar a importância de se difundirem os estudos e ensinamentos históricos, que despertam o interesse pela mudança de perspectiva metodológica no estudo do direito processual.

Palavras-Chave: direito processual lusitano, agravo, impugnação, interlocutórias.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to systematize the development of interlocutory appeals as a remedy used for contesting interlocutory decisions in the scope of the Portuguese Law. The adoption of this

remedy in Brazilian civil procedural Law has always raised controversy about its application, procedure and the way it is used since the inception of Justice, and continues until today. We address the description of the development of the interlocutory appeal and its respective systematization in the Law of the Kingdom in order to provide a view of the legal principles that originated the interlocutory appeal in Brazil. From this historic perspective, we were able to see that systematization of Portuguese interlocutory appeals maintain meaningful similarities with our method for contesting interlocutory decisions. What we seek with this type of analysis is to demonstrate the importance of disseminating the historic studies and teachings which raise the interest for a change in the methods perspective in the study of procedural Law.

Key-words: Portuguese Procedural Law, appeal, interlocutory decisions.

Introdução. I. Antecedentes Históricos do Sistema Recursal Lusitano. 1.1. Periodização da História do Direito Lusitano e Sistemas que influíram na Formação do Sistema Recursal das Ordenações. 1.2. Linhas Gerais sobre o Sistema Recursal Romano. 1.3. Linhas Gerais sobre o Sistema Recursal no Direito Germânico e Apelabilidade das Interlocutórias. 1.4. Linhas Gerais do Sistema Recursal de Direito Canônico e Apelabilidade das Interlocutórias até o Concílio de Trento. II: Da Impugnação das Decisões Interlocutórias após a Formação do Direito Lusitano. 2.1. A Recepção do Direito Comum e a Apelabilidade das Sentenças como regra geral até o Reinado de D. Afonso IV. 2.2. Da Impugnação das Interlocutórias nas Ordenações Afonsinas. 2.3. Do Surgimento do Agravo nas Ordenações Manuelinas. 2.4. Dos Agravos e da Impugnação das Interlocutórias de Primeiro Grau nas Ordenações Filipinas. Conclusões. Referências

Introdução

“Sem o exame direto das fontes em que deita suas raízes, nenhum instituto recursal pode ser devidamente entendido em sua evolução”. E para compreender sua trajetória no decorrer do tempo “é indispensável apurar-se quando o recurso surgiu, em que circunstâncias histórico-sociais, e qual o primeiro diploma legal que o consagrou, servindo de fundamento para a posterior construção dogmática de sua figura e de sua conceituação histórica”.⁴²³

⁴²³ COSTA, Moacyr Lobo da. Origem do agravo no auto do processo. In: AZEVEDO, Luiz Carlos de. COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo: Recursos**. São Paulo: FIEO, 1996, p. 176.

Foi esse o espírito que guiou as pesquisas de Moacyr Lobo da Costa na cuidadosa tarefa de desvendar o momento do surgimento do agravo no direito lusitano⁴²⁴ e, especificamente, do agravo no auto do processo⁴²⁵, onde analisou diretamente as fontes históricas disponíveis, ao lado da doutrina acerca da matéria.

O tema já havia sido objeto, entre outros, da desvelada análise de Alfredo Buzaid⁴²⁶, cujas conclusões divergem, sob alguns aspectos, daquelas a que posteriormente chegou Lobo da Costa. Essas discrepâncias, porém, num ou noutro ponto, não têm o condão de desmerecer esse ou aquele estudo; as pesquisas empreendidas possuem, ao contrário, o mérito de, juntas e agregadas a algumas outras sobre a matéria⁴²⁷, traçar linhas gerais do desenvolvimento do agravo no direito lusitano, com a rara fidedignidade que somente se pode esperar de estudos históricos aprofundados, decorrentes de consulta direta às fontes mais remotas, muitas das quais de difícil acesso na atualidade.

Sem a pretensão de formular uma nova teoria sobre a origem do agravo no direito lusitano, o trabalho que se inicia objetiva sistematizar a evolução desta modalidade recursal como instrumento destinado à impugnação de decisões interlocutórias, cuja adoção no direito brasileiro suscitou e suscita, desde os primórdios da criação da justiça até os dias atuais, constante polêmica acerca de seu cabimento, procedimento e modalidades.

Espera-se que algum proveito possa ser extraído desta sistematização, menos pela originalidade e mais pela importância de se difundirem os estudos e ensinamentos históricos, que despertam o interesse pela mudança de perspectiva metodológica no estudo do direito processual.

I. Antecedentes Históricos do Sistema Recursal Lusitano

1.1. Periodização da História do Direito Lusitano e Sistemas que influíram na Formação do Sistema Recursal das Ordenações

⁴²⁴ A origem do agravo no direito lusitano. In: AZEVEDO, Luiz Carlos de. COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo: Recursos**. São Paulo: FIEO, 1996, p. 135-158.

⁴²⁵ Origem do agravo no auto do processo, *op. cit.*, p. 160-191.

⁴²⁶ BUZOID, Alfredo. **Do agravo de Petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2ª. ed. Saraiva: São Paulo, 1956.

⁴²⁷ PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. **Manual das Appellações e Aggravos ou dedução systematica dos princípios mais sólidos e necessários á sua matéria**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo e Henrique Laemmert, 1846; GARCEZ, Martinho, **Dos agravos – Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro Dos Santos, 1914; SIDOU, Othon, **Os recursos Processuais na História do Direito**, Rio de Janeiro, 1978. Mais recentemente, foram elaborados estudos monográficos e obras de peso que contêm informações históricas fidedignas, dentre as quais citamos: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Dos Agravos no CPC Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005; PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **O Recurso de Agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Há, entre os processualistas que se dedicaram ao estudo da evolução histórica dos recursos cíveis com a devida seriedade, um certo consenso quanto ao fundamento da existência dos recursos que, além de psicológico, é eminentemente político⁴²⁸.

Em épocas mais remotas detecta-se que, a partir do momento em que surge uma organização estatal burocrática e hierarquizada, é de interesse do soberano exercer o controle sobre as decisões administrativas e judiciais. E como, na prática, é inviável atribuir-lhe competência originária para todos os litígios, atribui-se-lhe competência para *rever* as decisões judiciais. As hipóteses em que cabível tal ‘revisão’, a princípio desprovidas de uma teoria ou estrutura que as pudesse sistematizar cientificamente, vão, pouco a pouco, tomando a forma de instrumentos processuais próximos àqueles que hoje se denominam recursos.

Importa-nos analisar os direitos que maior influência exerceram sobre a formação do direito processual civil lusitano: o direito romano, canônico e germânico. A sistematização da História do Direito Português fornece a exata percepção desta influência, sobretudo quando se tem em mente a sistematização adotada por Nuno J. Espinosa Gomes da Silva,⁴²⁹ que divide a evolução do direito lusitano em quatro etapas.

A primeira, com início na independência de Portugal e término ao alvorecer do Reinado de D. Afonso III, a que se denomina *direito consuetudinário e foraleiro*, foi marcada por um “relativo florescimento do direito consuetudinário local” e pela escassa intervenção do poder político central, “daí que, abandonada a criação do Direito aos múltiplos condicionalismos locais, se não possa falar, nesse período, de uma influência única”⁴³⁰. Foi também designada de *período de sistema germânico*

⁴²⁸ Sobre o fundamento político do poder jurisdicional do monarca e, subsequentemente recursos, v. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e Poder**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 20, onde se afirma: “Assim, tal como pretendemos demonstrar – após termos individuado, em suas grandes linhas, os múltiplos aspectos da tutela dos direitos subjetivos na milenar evolução do direito processual – a faculdade de dizer o direito afigura-se ínsita ao vértice do poder político, como expressão da vontade do soberano, mesmo nos mais antigos agrupamentos sociais, que, embora possuíssem uma estrutura institucional de cunho profundamente pragmático, não chegaram a uma elaboração técnico-científica do direito”. Mais adiante, confirma, amparado na autorizada obra de Calamandrei (*La cassazione civile*), acerca do recurso de apelação no ordenamento processual romano, que: “a centralização da jurisdição nas mãos do príncipe possibilitou que a interpretação e a aplicação das normas legais culminassem exclusivas de um único órgão, em situação de deixar sobre toda e qualquer decisão a marca da própria vontade. De tal modo, a *apellatio* constituía um instrumento político idôneo para a obtenção e unificação do ordenamento jurídico em todos os quadrantes do império.” (*Idem*, p. 40). Luiz Carlos Azevedo alude constantemente ao fato de que o surgimento dos recursos somente foi possível diante de uma estruturação estatal hierarquizada (AZEVEDO, Luiz Carlos de. **A origem da Apelação no Direito Lusitano**. São Paulo: FIEO, 1996, *passim*).

⁴²⁹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**. I vol. Fontes de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 16-19.

⁴³⁰ *Op. cit.*, p. 17.

ou *germano-ibérico*, muito embora a recente investigação histórica relute em refutar, em absoluto, a manifesta influência de elementos não germânicos.⁴³¹

À segunda fase convencionou-se chamar *período de influência do direito comum*: vai desde o começo do reinado de D. Afonso III, por volta da metade do século XIII, até meados do século XVIII (reinado de D. José). Como designa o nome, trata-se de período de sensível *recepção do direito comum*⁴³², quando, após cerca de cinco séculos de aplicação do direito romano da compilação bizantina, Portugal passa a aplicar o direito romano justiniano: o rei, então, “legislará para esclarecer, completar, ou, até, afastar as soluções romanas, mas o direito romano será sempre ponto de referência: e, o direito canônico, em coordenação com o romano, igualmente se aplicará”⁴³³. Neste segundo período, distinguem-se duas épocas:

Uma primeira (até ao aparecimento das *Ordenações Afonsinas* – meados do século XV), época de legislação avulsa, em que a lei geral do monarca, do mesmo passo que vai combatendo as formações consuetudinárias, é veículo de romanização do direito português – época em que se poderá designar de *época de recepção do direito comum*. A Segunda época, que se caracteriza pela codificação dessa legislação avulsa e por uma sistematização das várias fontes, pode denominar-se *época das Ordenações*⁴³⁴.

É exatamente este o período de estruturação do processo lusitano, porquanto, até então, o ambiente social era permeado pelo “particularismo dos regimes jurídicos empregados”⁴³⁵, e o direito estampava-se “nos foros da nobreza, nas prerrogativas do clero, nos forais dos concelhos,

⁴³¹ *Idem ibidem*. Nesse ponto, Nuno Espinosa faz menção Paulo Merêa (**Estudos de Direito Hispânico Medieval** – Tomo I, Coimbra, 1952), que rejeita a idéia de uma prevalência germânica sobre o “peso insofismável da tradição romana.”

⁴³² Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, ao mesmo passo em que ponderam sobre a adequação da denominação ‘direito comum’, assinalam as características do direito por este designado: “A despeito das inúmeras designações para indicar o ordenamento legal originado em Bolonha a partir do início do século XI, a expressão mais adequada é *direito comum* por se revelar menos parcial do que as demais e por traduzir as seguintes idéias: a) apresenta, como primeira característica, a **unidade**, visto que *unifica (harmoniza)* as várias fontes do direito (direito **romano-justiniano**, **direito canônico** e **direitos locais**); e b) encerra **objeto único (ou comum) de toda a ciência jurídica européia**, quer ainda enquanto ‘trata’este objeto segundo os métodos de **uma comum ‘ciência’** do direito, fruto de um ensino universitário do direito que era comum por toda a Europa, e **vulgarizada por uma literatura escrita ou traduzida numa língua também comum – o latim**” (TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Canônico (história e direito vigente)**. São Paulo: RT, 2001, p. 43 – destaques nossos).

⁴³³ Silva, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**, *op. cit.*, p. 18.

⁴³⁴ *Idem ibidem*.

⁴³⁵ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 140, em citação a Tomás Antonio de Villa Nova Portugal (**Memórias da Literatura Portuguesa**. [S.l.]: Academia Real da Ciência de Lisboa, [s.d.]. T.V., p. 377 e 383).

nos costumes dos senhorios, nos estatutos das universidades, nos direitos dos mercadores e das demais profissões e atividades”⁴³⁶.

Nesse panorama, a recepção do Direito Romano deflagrada em fins do século XII pode ser atribuída, em princípio, à influência exercida pela Escola dos Glosadores, de Bolonha. No Reinado de D. Diniz, tem-se a fundação da Universidade Portuguesa em Lisboa, no século XIII, posteriormente transferida para Coimbra,⁴³⁷ como fator contributivo ao renascimento do Direito Justinianeu.

A renovação do Direito Canônico, por seu turno, deve-se à elaboração de grandes compilações (o Decreto, de Graciano, as Decretais de Gregório IX, o “Sexto”, de Bonifácio VIII, as “Clementinas”, de Clemente V, e as “Extravagantes”, de D. João XXII), que posteriormente viriam a compor o *Corpus Iuris Canonici*.

Para Almeida Costa, não é exato cogitar de um “renascimento” canonístico, pois não ocorreu quebra de continuidade na evolução jurídico canônica que autorizasse tal entendimento. O que houve foi, tão-somente, “um impulso de transformação normativa e dogmática”.⁴³⁸

Ainda sob o Reinado de D. Diniz, a abundante atividade legislativa, sobretudo acerca do direito processual, revela a intenção patente de se “consolidar a justiça pública”, setor em que se evidencia freqüente preocupação com as delongas do processo, consoante enuncia Luiz Carlos Azevedo:

Pretendendo estabelecer uma verdadeira ‘ordem do juízo’, afastou os abusos, as malícias, delongas que se faziam no curso das demandas (Lei de 15.09.1313), determinou aos alcaides, juízes, alvazís, comendadores e outros julgadores que se aplicasse convenientemente a justiça (Lei de 04.06.1263), dispôs sobre inúmeros institutos processuais, tais como a citação, revelia (Lei de 1.01.1294), chamamento à autoria, apelação tanto das definitivas quanto interlocutórias (Lei de 27.08.1316), apelação (Lei de 19.03.1317), suplicação (Lei de 07.07.1302), ação rescisória fundada

⁴³⁶ AZEVEDO, *idem*, p. 140.

⁴³⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida, **História do Direito Português**. 3 ed. Almedina, p. 231. Posteriormente, sob o Reinado de D. Fernando, o Estudo Geral, juntamente com a Universidade, é transferido mais uma vez para Lisboa, onde permanece por 160 anos (CAETANO, Marcello. **História do Direito Português, (sécs. XII – XVI) – seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal do séc. XVI**. 4 ed. Lisboa/São Paulo: LAEL, 2000, p. 426).

⁴³⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 246.

em falsas provas (Lei de 24.04.1307), execução (Lei de 24.08.1282), concurso de credores, princípio do contraditório, autoridade da coisa julgada etc.)⁴³⁹.

Além destas normas, os influxos romanos se fizeram sentir pela tradução para o vernáculo das obras ‘*Flores de Las Leyes*’, de Jácome de Ruiz e ‘*Lei das Siete Partidas*’, esta última editada em Castela por Afonso X. Ambas as iniciativas parecem ter ocorrido no Reinado de D. Diniz⁴⁴⁰.

Cuidava-se a primeira (*Flores de Las Leyes*) de “compêndios relativos ao processo civil de inspiração romano-canônica, que tendia a substituir o sistema foraleiro e consuetudinário vigente, de inspiração germânica”. As *Siete Partidas* constituíam uma “exposição jurídica de carácter enciclopédico, essencialmente inspirada no sistema do direito comum romano-canônico,” em que se encontram também ínsitos princípios de índole filosófica, teleológica e moral⁴⁴¹.

No decurso do século XIV, o desenvolvimento da Escola dos Comentadores fortalece ainda mais o Direito Comum, e os Comentários de Bártolo começam a ser difundidos para, posteriormente, serem aplicados em caráter supletivo, ao lado da Glosa de Arcúcio⁴⁴².

A esta altura, registra Paulo Merêa, a recepção do direito Romano-Canônico já provocara uma “profunda remodelação” no âmbito do processo, antes caracterizado pelo formalismo germânico e pela postura inerte do juiz, notadamente no processo criminal, que deixa de possuir o caráter de vingança privada e assume natureza pública⁴⁴³.

À fase de renascimento do Direito Romano e renovação do Direito Canônico segue-se a Época das Ordenações, que foram antecedidas por coletâneas privadas de leis gerais, sendo conhecidos o Livro das Leis e Posturas e as Ordenações de D. Duarte.

⁴³⁹ *Op. cit.*, p. 142.

⁴⁴⁰ *Idem Ibidem*. Mário Júlio de Almeida Costa registra, no entanto, a existência de controvérsia no que diz respeito ao período em que teriam sido traduzidas as referidas obras e, bem assim, acerca do alcance das *Siete Partidas* como fonte do Direito (cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida, **História do Direito Português**. 3 ed. Almedina, p. 233/235)

⁴⁴¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁴² Acerca da distinção entre as técnicas utilizadas pelos Glosadores e Comentadores, esclarece Mário Júlio de Almeida Costa que a atitude destes últimos revestia-se de maior pragmatismo e se destinava a uma dogmática direcionada à solução dos problemas concretos. Embora os Glosadores também se ocupassem dos problemas de seu tempo, os Comentadores foram mais além, chegando a se distanciar da coletânea Justianéia: “quer dizer, em vez de estudarem os próprios textos romanos, aplicaram-se, de preferência, às glosas e, depois, aos comentários sucessivos que sobre elas se iam elaborando” (*Op. cit.*, p. 238).

⁴⁴³ MERÊA, Manuel Paulo. **Resumo das Lições de História do Direito Português**. Coimbra: Tipografia da Editora Coimbra, 1925, p. 119.

Entre 1446 e 1447, teve início a vigência das Ordenações Afonsinas; As Ordenações de D. Manuel vigoraram entre 1521 e 1603, quando passaram a vigorar as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu pelo interregno de dois séculos.

O terceiro período da História do Direito Português se estende desde os meados do século XVIII até o momento da revolução de 1820, e pode-se designar de *período de influência iluminista*; já o quarto período vai da revolução liberal de 1820 até 1926 e pode-se denominar de *período de influência liberal e individualista*.

São as duas primeiras fases, porém, e mais especificamente a segunda, as que atraem o interesse imediato desse estudo, pelo fato de guardarem as raízes do sistema recursal gradualmente positivado nas Ordenações do Reino, as quais, por sua vez, foram aplicadas ao direito brasileiro até muito depois da independência, chegando a superar o período de regência em terras portuguesas, como registra José Frederico Marques:

No Brasil, a emancipação política em relação à antiga Metrópole portuguesa, trazida com a proclamação da Independência, longe de cortar os liames de ordem jurídica que nos prendiam a Portugal, aqui manteve, por longo tempo, a vigência das *Ordenações do Reino*. Delas já se havia afastado a nação portuguesa, e nós, no entanto, ainda nos regíamos pelo vetusto Código de Filipe II.

No campo das instituições processuais civis, a sujeição às formas do *direito comum* perdurou na íntegra até a promulgação do Código de Processo Civil de 1939, pois as leis e códigos, que até então haviam existido, continuavam fieis, em suas linhas básicas, ao procedimento romano-canônico do direito medieval⁴⁴⁴.

Antes, pois, de analisar a sistemática do agravo nas Ordenações, é conveniente fazer uma breve incursão no sistema recursal dos direitos romano, canônico e germânico, a fim de assinalar os aspectos que possam ter servido de inspiração ao sistema luso quando da introdução do *Direito Comum* em Portugal, com especial enfoque na disciplina da revisão das decisões interlocutórias.

1.2. Linhas Gerais sobre o Sistema Recursal Romano

A) Do surgimento do recurso de apelação e das restrições quanto à apelabilidade das “*interlocutiones*”

⁴⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Millennium, 1998, 114.

O Direito Romano, ao que se tem notícia, conheceu os recursos de apelação e a *supplicatio*.

Quanto à *supplicatio*, há quem a identifique como o instituto recursal que teria originado o agravo⁴⁴⁵. Malgrado tenha evoluído no Direito Lusitano para o recurso denominado ‘Agravo Ordinário’, tal instituto não possuía a finalidade de impugnar decisões interlocutórias de primeiro grau; destinava-se à impugnação de sentenças dos Sobrejuizes e vinculava-se a alegação de matérias determinadas. Está, portanto, mais próximo da apelação ou do nosso recurso ordinário, de competência dos Tribunais Superiores e, em alguns pontos, há como assemelhá-lo aos recursos de direito estrito direcionados aos Tribunais Superiores.

Não se pode atribuir-lhe, pois, a gênese do agravo, tal como conhecido no direito processual civil brasileiro, vocacionado à impugnação de decisões interlocutórias⁴⁴⁶. A apelação coincide com o período de desenvolvimento da *extraordinária cognitio*, já que, nos modelos das primeiras fases do direito romano, não se conhecia a possibilidade de as sentenças serem revisadas por magistrado hierarquicamente superior, nos moldes da *appellatio*.

As duas primeiras fases do processo romano (*legis actiones* e procedimento *per formulae*), reunidas, formaram o *ordo iudiciorum privatorum*, quando o processo era desmembrado em duas etapas: na fase *in iure*, perante o pretor, cuidava-se da formulação da demanda e nomeação do *iudex*, ao qual seria submetida a lide; já na fase *apud iudicem*, o árbitro analisava a pretensão do autor.

Até então, não havia apelação, pois: a) na primeira fase (*in iure*), a nomeação do árbitro pelo pretor não configurava julgamento propriamente; e, b) os poderes decisórios conferidos ao árbitro na segunda fase (*apud iudicem*) decorriam de sua condição de cidadão romano, “tão igual quanto as

⁴⁴⁵ NORONHA, Carlos Silveira. O agravo na história do processo português como gravame e como recurso. **Revista de Processo**, n. 78, pp. 65-66, 1995; PEÑA, Eduardo Chemale Senistre. **O Recurso de Agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

⁴⁴⁶ Esse ponto foi objeto de nota por Tereza Arruda Alvim Wambier: “Mais tarde, o recurso de ‘sopricação’ passou a ser chamado de ‘agravo ordinário’. Este recurso, no entanto, nada tinha das feições dos agravos que existem nas legislações hodiernas, exceto a denominação. O agravo ordinário, nascido da ‘sopricação’, de origem romana, *substancialmente* equivalia à apelação. Aspectos como tipo de decisão, objeto de impugnação, prazo de interposição, contornos gerais do aspecto devolutivo etc. coincidiam com relação a ambos os recursos, embora houvesse pontos em que ambos se afastassem”. Em seguida, reproduz a lição de Martinho Garcez, extraída da obra **Dos agravos – Teoria e Prática**, 1914, p. 1, onde se detectam os pontos de convergência e as distinções entre a apelação e a *supplicatio* ou agravo ordinário: “O agravo ordinário apenas se distinguia da apelação, em que: 1º. O agravo era de direito restricto, não assim a apelação; 2º., a apelação devolvia ao juízo superior o conhecimento inteiro da causa e aproveitava mesmo à parte que não tivesse apellado; no agravo ordinário o juiz só podia prover o agravante e no objecto do agravo; 3º, o apellante podia aproveitar do benefício da restituição na hipótese da Ord. 3, 68, parágrafo 6º; no agravo ordinário, só em favor dos menores se dava a restituição” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Dos Agravos no CPC Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, pp. 38-39).

partes, não cabendo, por isso, recurso algum”⁴⁴⁷. Além disso, o compromisso da “*litis contestatio*” configurava verdadeiro assentimento das partes com a decisão que viria a ser proferida.

Assim, por mais natural que pudesse parecer a possibilidade de se requerer a revisão de uma sentença proferida por um magistrado a outro, de superior hierarquia, tal expediente inexistiu no procedimento romano mais antigo. A apelação somente foi introduzida mais adiante, nos primórdios do império, em decorrência, mais do que de um imperativo jurídico, da superveniência de uma estrutura administrativa hierarquizada⁴⁴⁸.

Havia, porém, remédios de outra índole, que se fundavam, não na noção da necessidade de revisão da sentença, mas em conceitos diferentes, como, por exemplo, o de nulidade de um julgado. Alguns remédios, tais como a *provocatio ad populum*, os *interdicta* e a *intercessio*, propiciavam, por vezes, a cassação da sentença do árbitro ou obstavam-lhe a produção de efeitos, sem que houvesse, propriamente, a substituição da sentença por outra.

Com a introdução da *cognitio extraordinem* - a princípio de maneira excepcional ao procedimento formulário - o juiz passa a reunir, gradativamente, as funções antes divididas entre pretor e árbitro (publicização do processo romano). Este juiz, em lugar de alguém escolhido dentre os cidadãos do povo, passará a ser funcionário público, subordinado às autoridades políticas e inserido na hierarquia administrativa, donde se justifica a permissão do Imperador no sentido de que os súditos reclamassem da sentença prolatada pelo magistrado que exercia funções públicas delegadas pelo próprio soberano. Nada mais lógico do que o soberano poder rever as sentenças proferidas com poderes por ele delegados; cuida-se, até, de uma forma de concentrar maiores poderes nas mãos do *Princeps*, que viabilizava o controle da forma de aplicação do direito no império.

Daí a distinção, noticiada por Cruz Tucci, entre o fundamento do poderes outorgados ao juiz nos procedimentos do *ordo iudiciorum privatorum* – adotado como regra geral no período da república romana – e aqueles delegados ao magistrado na *extraordinaria cognitio* – cujo espectro de utilização foi gradativamente ampliado no período que coincide com a ascensão do principado: “se

⁴⁴⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo: Recursos**. São Paulo: FIEO, 1996, p. 31.

⁴⁴⁸ Quanto mais organizada e burocratizada a estrutura administrativa romana, maior a regulamentação do instituto da appellatio. Tal relação de proporcionalidade pode ser inferida da assertiva de Cruz e Tucci, ao referir-se à dinâmica de ordinarização do recurso de apelação: “Com o andar dos tempos, verifica-se um incremento da estrutura burocrática do império, sobretudo pelas modificações introduzidas por Adriano (117-138 d.C) no campo do direito, inclusive no sentido de tentar, pela primeira vez, a regulamentação do instituto da appellatio” (**Jurisdição e Poder**, *op. cit.*, p. 41).

o cidadão romano, em época republicana, decidia os litígios em nome do povo romano, no ordenamento constitucional do principado, julgava ele, no mesmo sistema do *ordo*, em nome do príncipe, único detentor da soberania”⁴⁴⁹.

A estruturação política hierarquizada do império romano propiciou, então, o surgimento, a regulamentação e a ordinarização do recurso de Apelação, que provavelmente teria se originado aproximadamente no início do império, com o principado de Augusto.⁴⁵⁰

A coincidência cronológica com o principado de Augusto reforça a ponderação de que a introdução da apelação decorreria antes de questões políticas, relativas à centralização do poder do soberano e à consolidação das conquistas romanas, do que da necessidade jurídica de se reverem as decisões dos pretores.⁴⁵¹

O processo romano conhecia a distinção entre *sententia* e *interlocutio*. Havia a possibilidade de se apelar contra as sentenças e, quanto às *interlocutiones*, relata Moacyr Lobo da Costa⁴⁵², que a *appellatio* teria sido admitida aproximadamente ao tempo dos Severos, ainda que em casos específicos, conforme fragmentos do Digesto (Scevola, Dig. 49, 5, 2⁴⁵³ e Macer, Dig. 49, 5, 4⁴⁵⁴).

⁴⁴⁹ **Jurisdição e poder**, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵⁰ Quanto ao momento exato em que teria se originado a *appellatio* romana, aduzem Carlos Azevedo (**A origem da apelação**, p. 44) e Cruz e Tucci (**Jurisdição e Poder**, *op. cit.*, p. 31), com embasamento em pesquisa aprofundada das fontes diretas e, também, mediante análise dos estudos empreendidos por Ricardo Orestano na consagrada obra sobre apelação no direito romano (**L’Appello Civile in Diritto Romano**, Turim: Giappicheli 2ª. ed., 1966), afirmam a impossibilidade de se precisar o momento da criação do recurso, mas admitem ser verossímil que à época da instituição do Império já fosse possível a utilização da apelação ao Imperador.

⁴⁵¹ A partir do Principado de Augusto, o império romano, antes moderado, passa por uma fase de transição para a monarquia absoluta. O direito pretoriano passa, então, a ser utilizado como instrumento da política imperial e submetese a aprimoramento constante pelos juristas clássicos, estimulados pelos imperadores. Kaser (**Derecho Romano Privado**. 5ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968, p. 08) assinala que o período clássico, embora tenha conduzido o direito romano jurisprudencial à beira da perfeição, não se equipara ao caráter criativo do período precedente. O mesmo se pode extrair de Pugliese (**Istituzioni di diritto romano**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 180). Para se ter uma idéia da concentração de poderes nas mãos de Otaviano Augusto, elucidativa passagem narrada por Moreira Alves: “Em 13 de janeiro de 27 a.C., surge o Principado. Otaviano, diante do Senado, depõe seus poderes extraordinários, e declara retornar à condição de simples cidadão romano. O Senado lhe suplica volte atrás nessa resolução, ao que Otaviano acede, impondo duas limitações o seu poder: 1ª, que as províncias romanas se repartam entre o Senado (*províncias senatoriais*, pacificadas, e, portanto, carecedoras de exército nelas sediado) e ele (*províncias imperiais*, conturbadas por agitações, e, demandando, conseqüentemente, a presença de tropas); 2ª, que o exercício de suas funções extraordinárias se limitem, no tempo, por dez anos” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997 p. 30).

⁴⁵² COSTA, Moacyr Lobo da. A origem do agravo no direito lusitano. In: AZEVEDO, Luiz Carlos de. COSTA, Moacyr Lobo da. **Estudos de História do Processo: Recursos**. São Paulo: FIEO, 1996, p. 135.

⁴⁵³ “*Ante sententia appellari potest si quaestionem in civili negotio habendum iudex interlocutus sit; vel in criminali, si contra leges hoc faciat*”.

⁴⁵⁴ “*Eius, qui ideo causam agere frustratur, quod dicit se libellum Principi dedisse, et sacrum Rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur: et si ob eam causam provocaverit, appellatio eius recipi Sacris Constitutionibus vetatur*”.

A regra geral de vedação da apelação contra as *interlocutiones* foi estabelecida em em Constituições do Baixo Império que datam de 364 e 378 d.C.⁴⁵⁵ O Código Theodosiano registra ressalva aos casos de dano irreparável, quando também as interlocutórias eram passíveis de impugnação pela *appellatio*, em Constituição do tempo de Constantino⁴⁵⁶.

O direito romano clássico estabeleceu definitivamente a irrecorribilidade das interlocutórias como regra geral. Não havia, no período clássico, recurso especificamente destinado à impugnação das *interlocutiones* de primeiro grau e, como se verá, o uso da apelação era permitido apenas excepcionalmente para este fim. A *inapelabilidade* das interlocutórias foi categoricamente imposta por Justiniano (Cód. Justinianeu 7.62.36), sob a justificativa de que não se poderia experimentar dano das interlocutórias, já que ao tempo da apelação se poderia expor as razões em que se fundassem a pretensão de obter algum direito, tais como a produção de prova testemunhal e a apresentação de documentos. A proibição era justificada ante à necessidade de se impedir o prolongamento indefinido dos pleitos. Assim, quando fosse denegado algum direito por decisão interlocutória, o juiz determinaria que se consignasse por escrito para que a parte prejudicada pudesse suscitar a questão na apelação contra a sentença final⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Código Theodosiano **11.36.16** (“*Interpositas appellationes a praeiudicio vel ab exsecutione damnantes et eum, qui ab istiusmodi titulis provocaverit, et officium, quod non renuntiarit, quinquagenas argenti libras fisco nostro iubemus inferre, litem suam faciente iudice qui recepit. Dat. VIII id. octob. Altino; accepta XVI kal. nov. divo Ioviano et Varroniano cons. (364 oct. 8)*”); **11.36.18** (“*Nullum audiri provocantem ante definitivam sententiam volumus, si tamen in iudicio competenti negotium fuerit inchoatum, salva scilicet iuris antiqui moderatione atque sententia, cum vel exceptio obponitur vel ad agendum locus poscitur vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque haec impatientia vel iniquitate iudicum denegantur. (365 dec. [?] 20)*”); e **11.36.23** (“*Exceptis praescriptionibus peremptoriis si quis ab articulo appellare temptaverit, non audiat, sed neglecta appellatione iudex discussis omnibus tendat ad finem, reservata post ultimum facultate partibus appellandi, si displicuerit definitiva sententia. neque tamen sit iudici potestas irrogandae multae. Satis enim poenae videtur non audiri ab articulo provocantem. Et cetera. Dat. III kal. feb. Trevis accepta VI kal. mai. Valente VI et Valentiniano II aa. cons. (378 ian. 30)*”).

⁴⁵⁶ Código Theodosiano 11.36.1: “*Moratorias dilationes frustratoriasque non tam appellationes quam ludificationes admitti non convenit. Nam sicut bene appellantis negari auxilium non oportet, ita his, contra quos merito iudicatum est, inaniter provocantibus differri bene gesta non decet. Unde quum homicidam vel adulterum vel maleficum vel veneficum, quae atrocissima crimina sunt, confessio propria vel dilucida et probatissima veritatis quaestio probationibus atque argumentis detexerit, provocationes suscipi non oportet, quas constat non refutandi spem habere, quae gesta sunt, sed ea potius differre tentare. **Qui de variis litibus causisque dissentiunt, nec temere, nec ab articulis praeiudiciisque, nec ab his, quae iuste iudicata sunt, provocare debent.** Quod si reus in homicidii vel maleficii vel adulterii vel veneficii crimine partem pro defensione sui ex testibus quaestioneque proposita possit arripere, parte vero obrui accusarique videatur, tunc super interposita appellatione ab eodem, qui sibi magis, quae pro se faciant, testimonia prodesse debere affirmat, quam ea, quae adversus ipsum egerint, nocere, deliberationi nostrae plenum arbitrium relinquatur. Dat. III. non. nov. Trevis. acc. XV. kal. mai. Hadrumeti, Volusiano et Anniano coss*”.

⁴⁵⁷ A disciplina parece ser análoga à do agravo retido. A transcrição traduzida do grego para o latim e as traduções para o italiano e para o espanhol podem ser encontradas em AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O agravo no direito lusitano**, op. cit., p. 135.

Como se verá nas linhas subseqüentes, esse direito romano clássico exercerá significativa influência quando do momento da recepção do direito romano, no período do desenvolvimento do direito comum na Europa.

Antes disso, contudo, os influxos do direito romano fazem-se presentes no Império Romano Ocidental de forma impura, pela constante *vulgarização* que, no condado Portucalense, proveio da utilização da *Lex Romana*.

1.3. Linhas Gerais sobre o Sistema Recursal no Direito Germânico e Apelabilidade das Interlocutórias:

Como registra Buzaid⁴⁵⁸, a prática judiciária germânica difundida na Europa a partir das invasões bárbaras é informada por princípios diversos do direito romano.

O processo germânico se divide em fases determinadas, das quais são fundamentais a fase probatória e a do julgamento. Um dos objetivos é estabelecer sobre quem recai o ônus da prova, entendida a prova como duelo ou juramento.

Esta cisão, segundo explica o autor, vem permitir que o processo germânico se desenvolva intercalado por um conjunto de sentenças que resolvem questões processuais e substanciais, à medida que surgem. Cada uma destas sentenças prolatadas no curso do processo tem seu próprio valor e é imediatamente apelável. Não sendo impugnada, torna-se imutável.

Dá-se inferir que o sistema recursal germânico estivesse aberto à ampla possibilidade de impugnação das decisões proferidas no curso do processo, a uma, porque possuíam, muitas vezes, conteúdo que encerrava verdadeira análise – ainda que parcial – da causa; e, a duas, pois a ausência de impugnação acarretava a impossibilidade de fazê-lo supervenientemente, devido à imutabilidade do comando.

1.4. Linhas Gerais do Sistema Recursal no Direito Canônico e a Apelabilidade das Interlocutórias até o Concílio de Trento

No Direito Canônico, principalmente no período que precedeu a Contra-Reforma, foram possibilitados os recursos tanto contra as interlocutórias como contra as definitivas e terminativas.

⁴⁵⁸ Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil, p. 22.

O Decreto de Graciano - *Concórdia dos Cânones Discordantes* -, pedra angular da codificação do Direito Canônico, possibilitava a interposição de recurso de apelação (2.6) contra as sentenças definitivas e interlocutórias. Cuidava-se de meio ordinário de impugnação, que permitia o reexame da sentença por um juiz posterior, excetuada a faculdade de recorrer-se *per saltum* à Santa Sé (*omisso médio*); o recurso era interposto no prazo de 10 dias e durante seu processamento não se admitia inovação; era admitida a desistência recursal, com a imediata execução da sentença como consequência; havendo litisconsórcio, a apelação de um aproveitava aos demais; possibilitava-se a *reformatio in pejus* (característica do *beneficium commune*), por ser ampla a devolutividade da causa ao juiz superior⁴⁵⁹.

Posteriormente, o processo canônico é sistematizado pelas Decretais de Gregório IX (1.234): se organiza em estádios bem definidos, cada qual encerrado por decisão interlocutória passível de recurso.

A rigidez das fases processuais e a exigência de que os atos do procedimento ordinário fossem escritos tornavam-no excessivamente lento e custoso. Porém, tal sistematização decorria da necessidade de reforçar o Poder do Sumo Pontifício mediante ordenação do direito positivo e reafirmação de sua autoridade de legislador, sobrepondo-a à dos concílios⁴⁶⁰.

A apelação era interponível contra as sentenças e interlocutórias, com o objetivo de corrigir iniquidade ou erro de julgamento. Anotam Cruz e Tucci e Azevedo que, “embora se prescrevesse que *litis debent celeriter terminari* (2.27.2), (...), em razão de sua própria estrutura, o processo canônico, escrito e dividido em *termini* consecutivos, dos quais era sempre possível apelar, arrastava-se por longo período de tempo, com evidente gravame às partes, as quais não viam chegar o momento azado para a solução definitiva da pendência”⁴⁶¹.

Essa postura permissiva no tocante aos recursos, em contraste com o processo romano clássico, seguiu no processo canônico até o período da Contra-Reforma, quando, então, houve uma reação da Igreja, de sorte a instituir normas mais rígidas na condução do processo. A questão da morosidade processual, lançada e enfrentada - providencialmente - nesse período no processo canônico, estimulou a adoção da vedação romana à apelação contra as decisões interlocutórias, ressalvadas aquelas que possuíssem força de definitivas, regra que restou consignada na bula papal

⁴⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**, op. cit., p. 53.

⁴⁶⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**, op. cit., p. 59.

⁴⁶¹ *Idem Ibidem*. Nesse período foi admitida também a *supplicatio* no direito canônico e a apelação não poderia ser interposta quando se atingisse a tríplice conformidade (Decretais 2.28.65).

Benedictus Deus, do Papa Pio IV, onde se consignaram e aprovaram as deliberações do Concílio de Trento (1547-1563)⁴⁶².

Deve-se consignar, contudo, que a recepção do direito comum pelo Direito Lusitano ocorreu em período anterior à Contra- Reforma, quando, a princípio, o processo civil se mostrou mais sensível à influência canônica no que tange à apelabilidade das decisões interlocutórias. A regra da inapelabilidade, de inspiração romana, só foi adotada no direito canônico após o período do renascimento do direito romano-canônico.

II. DA IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS APÓS A FORMAÇÃO DO DIREITO LUSITANO

2.1. A Recepção do Direito Comum e a Apelabilidade das Sentenças como regra geral até o Reinado de D. Afonso IV

Quando da recepção do Direito Comum na Europa, em confluência com o direito germânico, a configuração do processo, assim como do sistema recursal, é totalmente diversa daquela verificada no sistema romano clássico.

O direito romano vulgarizado sofre a influência do direito germânico pelas freqüentes interpolações dos glosadores. Por isso, a prática processual dominante na Europa era eminentemente germânica, e “quando o direito romano começa a reflorescer, as suas formas processuais, acolhidas e modificadas pelo direito canônico, passam a ser incorporadas à prática geral, antes com as novas vestes do que com as próprias, chegando-se ao ponto de chamar, a essa imistão, de *processo romano-canônico*.”⁴⁶³ Associa-se a essas três vertentes o direito local, hispano-lusitano.

Buzaid sintetiza o panorama recursal europeu e, portanto, de Portugal à época do renascimento do direito romano e da revigoração do direito canônico:

A doutrina da apelabilidade das sentenças interlocutórias e da sua irrevogabilidade, uma vez decorrido o prazo para a interposição do recurso, é, pois, uma consequência inevitável da concepção canônico-germânica do processo, segundo a qual toda questão processual e substancial é resolvida por sentença, à proporção que se apresenta, de forma que a decisão proferida no curso da lida, qualquer que seja, tem um valor intrínseco e adquire autoridade de coisa julgada. Tal é o estado da

⁴⁶² *Idem ibidem*.

⁴⁶³ BUZOID, Alfredo. *Op. cit.*, p. 25.

doutrina, na Europa continental, no século XII e, particularmente, no século XIII, quando os primeiros monarcas lusitanos começam a promulgar leis gerais⁴⁶⁴.

Sobre o período da introdução do direito comum em Portugal, Luiz Carlos de Azevedo faz minuciosa exposição da doutrina que analisou a questão e conclui, coerentemente, que a penetração gradativa do direito romano na legislação se dá a partir do estudo propagado nas universidades, situando-se a princípio num campo erudito para, depois, propagar-se de maneira mais ampla. Assim, elucida que “muito embora conhecido desde o princípio da Monarquia, poder-se-á situá-lo, com mais precisão, no Reinado de Afonso III, quando este soberano o traz de corte francesa, mais tranqüila por certo, para haurir novas idéias do saber”⁴⁶⁵.

Dessa forma, o Código Visigótico manteve-se em Portugal aproximadamente até o século XIII. Nesse diploma são encontradas leis que previam a possibilidade de que os Bispos viessem a corrigir injustiças ou agravos constantes nas decisões proferidas por juízes ou alcaides, sem, contudo, que fossem especificados os mecanismos de provocação desse poder de reexame⁴⁶⁶.

Embora, até onde se saiba, o período da Reconquista não tenha sido profícuo em produção legislativa, a adoção do Código Visigótico, com inúmeras interpolações, conviveu com a variedade de fontes senhoriais e municipais de natureza consuetudinária, decorrentes da fragmentação política ocasionada pelas invasões bárbaras e da necessidade do monarca de atribuir privilégios à nobreza. Daí a necessidade de se reduzirem a escrito essas fontes locais, o que foi feito mediante concessão de forais pelos monarcas aos senhores, onde se continham as regras jurídicas de determinado povoado.⁴⁶⁷

Quanto aos poderes do monarca para revisar as decisões emanadas de jurisdições locais, observa Tucci, com apoio em Marcelo Caetano e Garcia Gallo:

Mesmo que a comunicação dos súditos com o tribunal régio estivesse mediatizada pelo senhor, tornando embaraçosa a queixa ou súplica àquele, verdade é que, ao analisarmos algumas fontes de direito consuetudinário desse período histórico, chegaremos facilmente à conclusão de que o monarca detinha amplas prerrogativas, dentre as quais a *suprema jurisdição*⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 27.

⁴⁶⁵ **Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano**, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁶⁶ **COSTA, Moacyr Lobo da. O agravo no direito lusitano**, *op. cit.*, p. 141-145.

⁴⁶⁷ **TUCCI, Jurisdição e poder**, *op. cit.*, p. 131-132.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 132.

O Direito Consuetudinário e o Código Visigótico não formavam, porém, um corpo de normas homogeneamente aplicadas no território lusitano, sendo que os primeiros monarcas a governar após a formação do Estado português tardaram a estabelecer leis gerais que organizassem a estrutura administrativa e judicial.

E como somente se pode falar na concepção de uma sistemática recursal a partir da existência de uma organização judiciária hierarquizada, é, principalmente no Reinado de D. Afonso III (século XIII) que se permite indagar sobre a matéria, quando, então, houve a preocupação do soberano em reforçar sua posição política mediante um processo de centralização das questões de ordem jurídica e financeira.

Aqui convém uma explicação sobre o Reinado D. Afonso III e a configuração política do Estado português naquela época.

D. Afonso III assume o trono para substituir o irmão, Sancho II, mediante consentimento da Igreja Católica, cujo interesse era de estabelecer a ordem no reino incipiente de Portugal. Uma vez que o Rei anterior, Sancho II, não conseguia conter as freqüentes inquietações e disputas locais, o Papa Inocêncio IV houve por bem estabelecer um acordo com o irmão do monarca, de molde a destitui-lo e apoiar o Reinado de D. Afonso III, cuja missão primordial consistiria em amainar os ânimos no território do novo Reino.

Portugal já estava, a esta altura, estabelecido e menos preocupado com as lutas da Reconquista, e a necessidade de reconhecimento estatal e centralização política, antes relegada a segundo plano, tornou-se ordem do dia para o novo monarca que trazia consigo toda a cultura da Corte Francesa e a cultura de Bolonha e do Direito Comum que se difundia pela Europa⁴⁶⁹.

Até então, o direito lusitano não conhecia os recursos, da forma elaborada, pois “não é possível se confundir a apelação, instituto estruturado em moldes romanos e com características e

⁴⁶⁹ Em trabalho sobre a recepção do direito romano no ocidente europeu Medieval, Fátima Regina Fernandes faz interessante análise dos dados biográficos de Afonso III e narra como se deu o Juramento de Paris, onde vivia o monarca, primo de Luís IX. Narra, ainda, que D. Afonso possuía o precedente título de Conde de Bolonha, por haver sido casado com a Condessa Matilde de Bolonha. Posteriormente, D. Afonso repudiaria a primeira mulher e se consorciaria com D. Beatriz, filha bastarda de Afonso X de Castela, numa manobra matrimonial diplomática. Apesar disso, Afonso III jamais abandonaria o título de Conde de Bolonha. (FERNANDES, Fátima Regina. A Recepção do Direito Romano no Ocidente Europeu Medieval. **História: Questões & Debates**. Curitiba, n. 41, p. 73-83, 2004. Ed. UFPR 74).

requisitos próprios (...) com as queixas, querimas e querimônias dirigidas ao rei, quando sua passagem pelas cidades e castelos do reino.”⁴⁷⁰ 471

De acordo com o estudo das fontes legais feito por Luiz Carlos Azevedo, “o atestado comprobatório da introdução da apelação no direito português está na lei de D. Afonso III, passada nas cortes de Leiria – 1254, quando, por primeiro, o povo se fazer representar - ou –e Coimbra, - 1261 - ”⁴⁷².

A apelação, no Direito Português, surge, pois, tal qual no Império Romano, para reforçar a crescente centralização administrativa e jurídica nas mãos do soberano, permitindo-lhe controlar as decisões proferidas no âmbito local e, com isso, limitando os poderes nobiliárquicos. Mais tarde, a recepção do direito comum se acentuaria com D. Diniz, cujo reinado é notório pela expansão jurídica, a partir da tradução das fontes hispânicas,⁴⁷³ da organização do processo e da fundação da Universidade de Portugal.

De se consignar que a influência do Direito Comum na sistemática recursal lusitana é marcada, de início, pelo traço canonístico que antecede o Concílio de Trento e pela sistemática germânica que propiciam a apelabilidade das interlocutórias. Assim é que, no Reinado de D. Afonso III, a dita lei que instituiu a apelação estabelecia a possibilidade de se apelar das sentenças definitivas e interlocutórias. Em decorrência disso, não se tinha notícia, por razões óbvias, do recurso de agravo para a impugnação das sentenças interlocutórias. Esse ponto é digno da atenção de Buzaid, em trecho que bem diferencia o agravo contra as interlocutórias do recurso de *sopricação* ou agravo ordinário:

⁴⁷⁰ **Origem e introdução da apelação no direito lusitano**, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁷¹ Essas queixas, querimas e querimônias foram tradicionalmente utilizadas no direito português como sucedâneos recursais, à míngua de instrumento elaborado para impugnar as decisões judiciais. De início, se prestaram, ao que parece, a impugnar decisões de toda as espécies; subseqüentemente à introdução da *apellatio*, como se demonstrará, foram utilizadas como artifício para driblar a inapelabilidade das decisões interlocutórias.

⁴⁷² **A origem da Apelação no Direito Lusitano**, *op. cit.*, p. 104. Posteriormente, em artigo intitulado “**Ainda a origem da Apelação no Direito Lusitano**” (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995, p. 67 e s.), Azevedo aprofunda a discussão acerca da preexistência da apelação como costume e do real sentido da expressão “*apele logo, ca tal como quero seja costume de meu Reyno*”, contida na lei que consta no livro das leis e posturas, devidamente reproduzida no primeiro trabalho do autor (**A origem da apelação**, *op. cit.*, p. 127 e s.). A polêmica, travada com o autor português Marcello Caetano, diz respeito à dúvida quanto à intenção do soberano: se pretendia positivizar um costume ou se estava, de fato, “criando” o costume com a feitura da lei. A conclusão de Azevedo, tanto no segundo trabalho, (**Ainda sobre a origem ...**, *op. cit.*, p. 81) é de que “a introdução da apelação do direito lusitano ocorre com a edição da lei de D. Afonso III”, sendo difícil precisar quando exatamente teria dimanado o selo real, “mas é certo que se deu entre 1254, e deste dez anos para a frente, pois os manuscritos repetem: Leiria, Coimbra e Lisboa, sendo esta última cidade o local para onde D. Afonso vai transferindo em caráter permanente a sede de seu reino”. Desta forma, Azevedo conclui que a Lei de D. Afonso III, contida no Livro de Leis e Posturas, somente eram utilizadas as querimas e querimônias, de ascendência germânica.

⁴⁷³ Especificamente as *Flores de las Leyes* e as *Siete Partidas*.

Qual a necessidade de se criar um recurso novo para substituir em parte o usado, quando êste atendia plenamente ao seu fim? O recurso de agravo, até o reinado de D. Afonso III, era, portanto, inteiramente desconhecido, ou melhor, só existia, além da apelação, o de *suplicação*, ou *sopricação*, o qual vai receber pouco depois a denominação de *agravo ordinário*. Mas o que parece certo é que o agravo de petição, de instrumento ou no auto do processo ainda não começam a configurar-se. Pelo contrário, difundia-se cada vez mais o uso da apelação, admissível não só de sentenças definitivas, mas também de interlocutórias, não só dos atos judiciais, mas também dos extrajudiciais⁴⁷⁴.

Essa orientação se reafirma na Lei de 1316, do referido D. Diniz, onde se faculta a apelação de sentenças definitivas e interlocutórias, e que viria a ser reproduzida nas *Ordenações Afonsinas*, em estilo compilatório⁴⁷⁵.

Supervenientemente, o filho de D. Diniz, D. Afonso IV, proíbe a apelação das interlocutórias, em lei que posteriormente também foi recolhida pelas Ordenações Afonsinas, na seqüência da reprodução da Lei de D. Diniz⁴⁷⁶.

Nas palavras de Gouvêa Pinto, “*ganhou o Processo na brevidade; porém o Direito das Partes Offendido pelas outras interlocutorias ficou sem remédio.*”⁴⁷⁷

De fato, a Lei de D. Afonso IV revelava uma preocupação com a duração do processo, e já trazia em seu bojo a possibilidade de revogação da sentença interlocutória pelo juiz prolator, o que se justifica, naturalmente, ante à inapelabilidade do julgado.

Caso o juiz não se retratasse, a parte agravada pela interlocutória poderia tirar ‘estormento’ ou ‘carta testemunhável’, que ainda não configuravam um recurso, no sentido formal, mas remontavam às antigas querimas ou querimônias. Nesse estormento ou carta testemunhável, apresentado ao

⁴⁷⁴ *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁷⁵ A prática de apelar das interlocutórias teria produzido “efeitos perniciosos, porque entrou a marcha dos processos, alimentou a chicana e entibou a confiança dos litigantes numa pronta administração da justiça” (BUZUID, Alfredo, *op.cit.*, p. 33), em razão de que se estabeleceria a proibição de D. Afonso IV.

⁴⁷⁶ A regra imposta nas Ordenações Afonsinas foi a da inapelabilidade das interlocutórias, instituída por D. Afonso IV, restando claro que a referência à Lei de D. Diniz era apenas digressiva, como era o estilo das primeiras Ordenações.

⁴⁷⁷ PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. **Manual das Apelações e Aggravos ou dedução systemática dos princípios mais sólidos e necessários á sua matéria**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo e Henrique Laemmert, 1846, p. 36.

diretamente ao Rei no local onde se encontrasse a Corte⁴⁷⁸, vinham certificadas a sentença e as razões do ‘agravado’.

Gradativamente, ao tempo das Ordenações, a utilização do estormento, lavrado pelo tabelião, e da carta testemunhável, lavrada pelo escrivão, evoluíram para a estrutura do agravo de instrumento, fato que virá a ocorrer nas Ordenações Manuelinas, quando a expressão é utilizada pela vez primeira, no claro objetivo de designar o recurso.

A Lei de D. Afonso IV é, portanto, o primeiro passo dessa evolução, a que se agrega Lei de D. Duarte que proibiu, posteriormente, a utilização de querimas ou querimônias mediante cartas de justiça, meio usualmente utilizado em terras lusitanas, mediante o qual se acolhia o pleito daquele que se queixava partindo do pressuposto que os fatos teriam ocorrido “tal como se querelou”.

A adoção dessas cartas de justiça causou perplexidades e, embora fosse uma medida célere, os problemas gerados superaram as vantagens oferecidas, de forma que, a partir do momento em que se consagram o estormento e a carta testemunhável, não mais irá se justificar a querima fundada na mera alegação da parte. Os estormentos e cartas testemunháveis, por conterem a resposta do juiz, da parte contrária e a fé pública das informações prestadas pelo tabelião ou escrivão, evitarão o desnecessário gasto de tempo com querimas baseadas em informações inexatas.

Observa-se, pois, que o influxo do Direito Romano restringe a permissão geral da apelação, herdada dos Direitos Canônico e Germânico, a ponto de se vedar a apelação contra as sentenças interlocutórias, ressalvadas as hipóteses que contidas na Lei de D. Afonso IV, posteriormente transplantadas para as Ordenações Afonsinas.

2.2. Da Impugnação das Interlocutórias nas Ordenações Afonsinas

2.2.1. Da Inapelabilidade das Interlocutórias nas Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas entram em vigor no séc. XV⁴⁷⁹, quando o exame dos ‘estormentos’ e ‘cartas testemunháveis’ já eram da competência do Tribunal. A Casa do Cível, criada por D. João

⁴⁷⁸ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. **O Agravo no Direito Lusitano**, *op. cit.*, p. 152 – tenha-se em mente que a Corte, à época, deambulava.

⁴⁷⁹ As Ordenações Afonsinas são produto de compilação encomendada por D. João I ao jurista João Mendes, cuja elaboração prosseguiu após a morte deste monarca, sob a égide de D. Duarte, a cargo de Rui Fernandes e foi, posteriormente, revista por Lobo Vasques, Luiz Martins e Fernão Rodrigues, já na regência de D. Pedro. A conclusão da obra parece ter ocorrido em Villa de Arruda, aos 28 de julho de 1446, sob o reinado de D. Afonso V (Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007).

(1385-1433), quando das Afonsinas, já havia sido transferida para Lisboa, e vigia, até então, a Lei de D. Duarte (1433-1438) acerca da competência para o julgamento das apelações nos processos cíveis.

Cuidava-se de critério territorial, pelo qual se determinava que todas as apelações dos feitos cíveis viessem aos Sobrejuizes da Casa do Cível, salvo aquelas cujos feitos estivessem no mesmo lugar onde a Corte de Justiça estivesse, ou a até cinco léguas ao redor deste local, porque essas deveriam ser desembargadas pelos Ouvidores da Corte deambulante

Afonso V, confirmando a Lei de D. Duarte, adota o critério geográfico para a fixação da competência das Cortes para o julgamento das apelações (Afonsinas, 3.90), cuja utilização para impugnar decisões interlocutórias permanece vedada, como regra geral.

2.2.2. Sistemática das Definitivas e Interlocutórias nas Ordenações Afonsinas e Hipóteses Excepcionais de Apelação das Interlocutórias

Como dito, o modelo recursal da compilação afonsina é aquele instituído por D. Afonso IV que, receoso da morosidade processual, impõe a regra da inapelabilidade das sentenças interlocutórias, ressalvadas as que tivessem força de definitiva e aquelas suscetíveis de causar dano irreparável.

Assim, embora a apelabilidade das interlocutórias estivesse presente, em tom compilatório, no título LXXII do Livro III das Ordenações, do qual se extrai que *“ELREY D. Diniz com Confelho da fua Corte fez tal Ley, e manda que fe guarde pera fempre, que quando appellarem da Sentença Interlucutoria, ou de qualquer que o Juiz mande ante da Sentença Defenitiva nos Feitos Civeis, que o Juiz vá recontar as appellaçoens á Corte loguo no prefente, fe poder, quando der a Sentença, ou em outro dia a mais tardar”* (A. 3.72.1), observa-se, na seqüência, a alusão à posterior lei de D. Afonso IV.

Nesse segundo diploma, editado pelo filho de D. Diniz, o Rei Afonso IV, considerando as delongas excessivas do processo devido à interposição de sucessivas apelações, veda a apelação das sentenças interlocutórias (regra geral), excetuadas as situações: *i*) em que fosse possível advir dano à parte que não pudesse ser corrigido com a apelação da sentença definitiva, *ii*) ou naquelas situações em que a sentença interlocutória contivesse vício de tal natureza que após ela não pudesse vir a sentença definitiva (*sentença terminativa*), naquelas em que o julgador não possuísse

jurisdição, quando o demandante não pudesse demandar, o demandado não pudesse ser demandado, a petição não trouxesse direito ou os artigos não fossem pertinentes (Afonsinas, 3.72.2 a 3.72.6).

Estava estabelecida, então, nas Ordenações, a diferença entre sentenças definitivas e sentenças interlocutórias. E, entre estas últimas, a distinção entre interlocutórias simples e interlocutórias com força de definitivas.

Com efeito, o título LXVII do Livro III das Afonsinas cuida especificamente da *sentença interlocutória*, definindo-a, no proêmio, como “qualquer Sentença, ou Mandado, que o Juiz dá, ou manda em algum feito, ante que dé Sentença definitiva”.

Em 3.72.10 verifica-se subdivisão das sentenças interlocutórias em *sentenças interlocutórias simples* e *sentenças interlocutórias com força de definitivas*, estas últimas apeláveis.

2.2.3. Da Ordem das Apelações das Interlocutórias nas Ordenações Afonsinas

Especificamente quanto à apelação das sentenças interlocutórias, as Ordenações Afonsinas distinguem entre as apelações de sentenças interlocutórias proferidas por juiz do lugar onde a corte estiver, ou fora dele. (Afonsinas, 3.72.8 a 3.72.10).

Na primeira hipótese, observa Marcello Caetano, “mantém-se a regra de que o juiz deve comparecer perante o tribunal da corte para verbalmente expor o caso, mas admite-se que os ouvidores ou sobrejuizes mandem vir à sua presença o processo ‘para verem por ele cumpridamente o direito das partes e darem aí o desembargo como acharem por direito que se deve dar’” Isso está em Afonsinas, 3.72.9⁴⁸⁰.

Se a sentença recorrida houvesse sido proferida fora do lugar onde a corte estivesse, havia a distinguir duas hipóteses: o juiz recebia, ou não, a apelação. Caso o juiz não recebesse a apelação, a parte inconformada deveria pedir que a sentença fosse trasladada em *estormento de agravo* (lavrado por tabelião) ou *carta testemunhável* (certificada pelo escrivão dos autos), juntamente com a resposta do juiz às razões do recurso, para tudo ser enviado aos sobrejuizes (competentes do Cível) dentro de 30 dias contados da data da apelação. Se os sobrejuizes recebessem a apelação (“se estes acharem que foi bem apelado”), determinariam a anulação de todos os autos praticados a partir da interposição do recurso cuja prática o apelante não tivesse consentido (Afonsinas, 3.72.10). Caso o

⁴⁸⁰ CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (sécs. XII – XVI). Subsídios para a história das fontes do Direito em Portugal no séc. XVI*. 4ª ed. São Paulo/Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 587.

juiz recebesse a apelação, então deveria atribuir-lhe efeito suspensivo e remeter o processo ao tribunal *ad quem* (Afonsinas, 3.72.11)⁴⁸¹.

2.2.4. Da Revogabilidade das Interlocutórias até a Sentença Definitiva

No proêmio do Título XXVII, das Ordenações Afonsinas, é dito que “*todo Juiz pode revogar sua Sentença Intrelucutoria, ante que dee a definitiva; ca depois que a definitiva he dada, já fe nam pode mais o juiz tremeter para julgar aquelle feito, que já he findo por sentença definitiva*” e, ainda, “*que a Sentença definitiva nam pode fer mais revogada, pois o Juiz deu per ella fim a todo o feu Juizo*”.

Consagrava-se, portanto, a revogabilidade das decisões interlocutórias, como medida de mitigação dos efeitos da inapelabilidade das interlocutórias.

Era possível ao juiz rever a sentença interlocutória por ele proferida, *até a prolação da sentença definitiva*, a qual encerrava o ofício jurisdicional.

A revogação das sentenças interlocutórias poderia se dar em dez dias, contados do dia em que fora dada, sempre que requerido pela parte sucumbente; já em caso de o juiz, independentemente de requerimento da parte, querer revogar sua própria sentença interlocutória, em tal caso poderia fazê-lo a qualquer tempo, enquanto não houvesse sentença definitiva (Afonsinas, 3.67.2).

Na hipótese em que, requerida a revogação da sentença interlocutória ao juiz pela parte, este não a revogasse, poderia a parte apelar, devendo ser recebida a apelação, e os Juizes, que dela conhecessem, revogariam ou confirmariam a sentença interlocutória, segundo achasse por direito (Afonsinas, 3.67.4).

Quando a apelação não fosse recebida, o interessado deveria extrair um “estormento” ou carta testemunhável para apresentar em até 30 dias (v. Afonsinas, 3.72.10 e 3.67.5).

2.2.5. Dos Estormentos ou Cartas Testemunháveis como Prenúncio do Agravo de Instrumento

Na visão de Moacyr Lobo da Costa, os estormentos de agravo ou cartas testemunháveis previstos nas ordenações Afonsinas (3.67.5 e 3.72.11) “eram então o instrumento da antiga querima verbal, um meio para se pedir a correção do gravame produzido por sentença interlocutória simples

⁴⁸¹ *Idem Ibidem.*

contra a qual não era permitido apelar”⁴⁸². Não se tratava, ainda, do recurso de agravo de instrumento.

Esse entendimento discrepa daquele consignado por Alfredo Buzaid, segundo o qual, já antes das Ordenações Afonsinas, quando da proibição de D. Duarte da concessão de “*cartas direitas*” por meras informações da parte, tinha-se uma forma primitiva de agravo e, no Livro 3, Título 67, § 5, das Ordenações Afonsinas estaria configurado o agravo de instrumento⁴⁸³, embora não tivesse ainda surgido o agravo de petição. Também Noronha alude aos estormentos e cartas testemunháveis como modalidades primitivas do agravo de instrumento, com apoio na opinião de Buzaid⁴⁸⁴.

A doutrina, porém, tende a concordar com a afirmativa de Lobo da Costa⁴⁸⁵, pois, de fato, parece que o agravo, como recurso impugnativo das sentenças interlocutórias de primeiro grau, ainda não se encontrava devidamente elaborado e sistematizado nas Ordenações Afonsinas.

Já nestas Ordenações se observava “o equívoco que desde cedo se estabeleceu no uso dos termos ‘apelação’ e ‘agravo’” enumerado em uma série de passagens das Afonsinas por Marcello Caetano⁴⁸⁶. Após citar trechos das ditas ordenações, enuncia o autor que:

A tendência será, pois, para o emprego dos termos << agravar >> ou << agravo >> no sentido genérico de << recorrer >> e de << recurso >>, compreendendo a apelação, a simples queixa e a suplicação. E daí para marcar bem a exclusão da possibilidade de qualquer recurso impugnar uma decisão se frise ser esta insuscetível de apelação ou agravo. É o que se vê, por exemplo no livro V, 109, ao reproduzir a lei de D. Afonso IV de 1355 que estabeleceu a competência exclusiva dos juízes das terras para com os vereadores de julgarem certos feitos: << e de qualquer sentença definitiva que por eles for dada entre as sobreditas partes, que se essas partes apelarem ou agravarem, que lhes não recebam apelação nem agravo, nem lha dêem para Nós nem para aqueles que, antes desta lei, de direito e por costume deviam de apelar >> (§ 3)⁴⁸⁷.

Não se pode dizer, porém, que esta imprecisão terminológica permita identificar a figura do agravo de instrumento já como recurso típico nas Ordenações Afonsinas, até porque o uso da

⁴⁸² **O Agravo no Direito Lusitano**, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁸³ **Do Agravo de Petição ...**, *op. cit.*, p. 36-37.

⁴⁸⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Do Agravo de Instrumento**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 26.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, Barbosa Moreira: “As Ordenações Manuelinas consagram o agravo como recurso típico das decisões interlocutórias simples” (**Comentários ao Código de Processo Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 485);

⁴⁸⁶ CAETANO, Marcello. **História do Direito Português (sécs. XII – XVI). Subsídios para a história das fontes do Direito em Portugal no séc. XVI**. 4ª ed. São Paulo/Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 585

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p. 586-587.

expressão ‘agravo’ naquele diploma designava, senão sempre, como aduz Lobo da Costa, no mais das vezes, o gravame causado à parte. É o que se percebe quando se analisam os exemplos fornecidos pelo autor, contidos em: 3.29.8; 3.36.12; 3.67.5; 3.67.4; 3.72.1; 3.75. pr.; 3.77.1; 3.77.3; 3.77.4; 3.77.5; 3.115.1 e 3.80.1⁴⁸⁸.

Diante de tão numerosos e significativos exemplos, e ante o fato de que a expressão “agravo de instrumento” não é utilizada uma única vez nas Ordenações Afonsinas – o que, certamente, exclui a tipicidade do instrumento e, portanto, a conformação recursal – conclui o professor Lobo da Costa que “as Ordenações Afonsinas tratam, em diversos textos do livro primeiro, do ‘Extormento d’ Agravo’, que ainda não é o recurso do ‘agravo de instrumento’ ”. E, posteriormente, contrariando a idéia de que a expressão *agravo*, nas Ordenações Afonsinas, teria sempre o significado de *gravame*, atesta que “a imprecisão terminológica perdura, pelo emprego indiscriminado do termo ‘agravo’, ora para designar ‘gravame’ com o seu tradicional significado, ora para conceituar o respectivo instrumento escrito, ora para caracterizar o recurso contra a decisão gravosa”⁴⁸⁹.

De todo modo, é inegável que a utilização do estormento de agravo ou carta testemunhável constituiu o germe do agravo de instrumento, que virá inequivocamente caracterizado como modalidade recursal das Ordenações Manuelinas.

2.3. Do Surgimento do Agravo nas Ordenações Manuelinas

2.3.1. Considerações Iniciais sobre a estrutura das Ordenações Manuelinas.

Seguem-se às Ordenações Afonsinas as Manuelinas,⁴⁹⁰ diploma cuja elaboração “tem a ver com um dos momentos culminantes da história de Portugal e com o ponto de partida da história de nossa pátria”⁴⁹¹, não apenas por cuidar-se do período da expansão ultramarina e da descoberta do Brasil, mas também porque

⁴⁸⁸ COSTA, Moacyr da. O agravo no direito lusitano. In: COSTA, Moacyr Lobo da. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudos de História no Processo**, op. cit., p. 154-157.

⁴⁸⁹ O agravo no direito lusitano, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁹⁰ Encomendadas por D. Manuel aos Jurisconsultos Rui Boto, Rui da Grã e João de Contrim, com a finalidade de compilar a já significativa legislação extravagante no início do Século XVI, além de atualizar, modificar e interpretar as Ordenações Afonsinas. Paulo Merêa esclarece que “para essa resolução concorreram não só a necessidade de rever e esclarecer as Ordenações de Afonso V e de lhes acrescentar as numerosas leis publicadas posteriormente, mas ainda o desejo, que teria o glorioso monarca, de ligar seu nome ao corpo de direito nacional.” (MERÊA, Manuel Paulo, **op. cit.**, p. 137).

⁴⁹¹ **Op. cit.**, p. 188.

Foi D. Manuel, em realidade, nosso primeiro governante: ademais, durante seu reinado, promulgaram-se as ordenações que levam o seu nome, certamente o primeiro corpo legislativo que aqui conheceu efetiva vigência; com efeito, nas duas décadas que o antecederam, as Afonsinas tiveram mínima ou nenhuma repercussão na terra de Sta Cruz, pois a política de assentamento e colonização só se iniciaria anos após a descoberta, dado que o interesse maior da metrópole se dirigia ao comércio com o Oriente e com as Índias⁴⁹².

À época em que D. Manuel, o Venturoso, encomenda as Ordenações (1506) a Europa experimentava uma fase de retorno à cultura da antiguidade clássica, renovação do humanismo e da escolástica. Ademais disso, a criação da imprensa reforçava a propensão do período à inovação legislativa que, além de necessária, favoreceria a projeção da figura daquele monarca.

No entanto, embora oportuna e um tanto conveniente para D. Manuel, a primeira impressão, de 1514, não foi aprovada pelo Rei. A versão definitiva só veio a ser concluída em 1521, ano da morte de D. Manuel. Atribui-se a Cristóvão Esteves esta última compilação, com quem devem ter colaborado João de Faria e Pedro Jorge⁴⁹³.

A estrutura das Ordenações Manuelinas é igual à das Afonsinas; a principal diferença entre elas se verifica no aspecto formal: o estilo das Manuelinas é decretório e conciso e só em caráter excepcional faz alusão a extratos de lei, sem contudo, reproduzir-lhes o teor. Suprimiram-se as lacunas e obscuridades e introduziram-se algumas inovações, como é o caso da introdução do agravo de instrumento como recurso típico no processo civil lusitano.

2.3.2. Sistemática das Sentenças Definitivas e Interlocutórias nas Ordenações Manuelinas e Hipóteses Excepcionais de Apelação das Intelocutórias

Ao tempo das ordenações Manuelinas, as sentenças classificavam-se em: sentenças definitivas, sentenças interlocutórias mistas e sentenças interlocutórias simples.

As sentenças definitivas, tal como nas Afonsinas, decidiam a causa; já as interlocutórias mistas eram aquelas que contivessem força de definitivas ou fossem suscetíveis de causar dano irreparável. Definiam-se, por exclusão, as interlocutórias simples, conceituadas no Título 48., pr., do Livro III das Manuelinas.

⁴⁹² **Idem Ibidem.**

⁴⁹³ MERÊA, Manuel Paulo. **Op. cit.**, p. 137.

O Título LIII exemplificava as interlocutórias mistas, das quais se podia apelar, por exceção, já que a regra da inapelabilidade das interlocutórias segue disciplinando a generalidade dos casos: quando o juiz julga que o demandado não possa ser citado ou quando a citação realizada é ‘nenhuma’ ou ‘não valiosa’, ou pronunciada por um ‘não juiz’; quando julga que o demandado não por ser demandado ou que o libelo ou petição ‘não procede’, não havendo mais prazo para corrigi-lo; e, assim, ‘em todos os casos semelhantes’.

O § 1 faz menção à hipótese de dano irreparável, dispondo que se poderia apelar da interlocutória (*mista*) quando fosse tal, que se dela não se apelasse o apelado a executaria antes que fosse prolatada a definitiva, e quando se apelasse da definitiva já não se poderia recuperar o dano que pela execução da interlocutória a parte tivesse sofrido e, ainda, quando o juiz julgasse que a execução da interlocutória pudesse submeter a parte a “tormento”.

As hipóteses de apelação estavam, pois, bem definidas: eram apeláveis as sentenças interlocutórias mistas e as sentenças definitivas.

Porém, observa Buzaid⁴⁹⁴, não era lícito apelar de toda interlocutória definitiva: as sentenças que emanassem da Relação do Porto, do Corregedor do Paço ou do Corregedor de Lisboa, admitia *suplicação* ou *agravo ordinário* (Manuelinas, 3.53.1 e 54).

O agravo ordinário, já mencionado precedentemente, diferencia-se do recurso de *agravo* objeto deste trabalho por impugnar decisões proferidas por Juízes Superiores. Contudo, o que há de interessante a observar quanto a este agravo é o fato de que, a depender do local onde se encontrasse o órgão prolator da decisão agravada, a forma a se interpor o agravo ordinário seria por estormento ou por petição (Manuelinas, 3.48.8. e Manuelinas, 1.4.10).

Essas duas modalidades de agravo ordinário - por estormento ou por petição - consagraram-se também como modalidades de agravo contra as interlocutórias. Também sagrou-se o critério territorial a que estava subordinada a modalidade de agravo cabível, passando-se, a partir de então, a se interpor agravo por instrumento quando não houvesse no local (*i.e.* até cinco léguas ao redor) tribunal superior que pudesse julgá-lo; e por petição, quando os Sobrejuízes se encontrassem no mesmo local (*i.e.*, até cinco léguas ao redor) que o juiz que proferisse a sentença interlocutória.

⁴⁹⁴ BUZAID, op. cit., p. 39-40.

De fato, como adiante se verá, o critério territorial é repetido em diversos trechos, servindo para delinear os limites da competência dos Julgadores, tal como se verifica, por exemplo, em 1.6.10, acerca “Do Corregedor da Corte dos Feitos Cíveis” e em 1.7.1, acerca “Dos Juizes dos Nossos Feitos”:

OUTRO si se conhecerá de quaesquer agravos que a elle vierem de feitos cíveis por petiçam dante os Julgadores, onde Nós, ou Nossa Casa da Sopricação, estiver, e darredor atee cinco legoas, posto que seja na Cidade de Lisboa. E dos agravos dos feitos cíveis que vierem por Estormentos, ou Cartas testemunháveis, de qualquer lugar, posto que seja dentro das ditas cinco legoas, conheceram os Desembargadores do Agravo, e não o dito Corregedor.

ITEM conhecerá em Rolaçam por auçam nova, e por petiçam d’agravo no Lugar onde Nós estevermos, ou a Casa da Sopricação sem Nós, e a cinco legoas derredor. E de fora da Corte, de todo o Reyno, por apelaçam, e por Estormento d’agravo, ou Cartas testemunháveis de todos os feitos, e demandas, que pertencerem a Coroa dos Nossos Reynos, (...).

Também em 3.48.8 e 3.50.6, apenas para citar algumas passagens que reforçam o argumento, observa-se a adoção deste parâmetro peculiar de definição do regime de agravo a ser adotado, que se revelava muito consentâneo com os prováveis problemas de locomoção dos juízes, transporte dos autos e demora dos feitos que certamente deveriam sondar o processo na vigência das Manuelinas.

2.3.2. Dos Agravos de Instrumento, de Petição e nos Autos do Processo

As sentenças interlocutórias, guardavam, nas Ordenações de D. Manuel, tanto quanto nas Afonsinas, a possibilidade de o juiz as revogar, antes que proferisse a definitiva, quando não mais poderia fazê-lo (Manuelinas, 3. 48. pr.).

O § 1 deste título traz a vedação de se aplicar esse juízo de reconsideração às interlocutórias com força de definitiva, arrolando as seguintes hipóteses exemplificativas: se o juiz entendesse que não procedia o libelo, ou absolvesse o Réu da instância do juízo, ou não recebesse a demanda, “ou outro caso semelhante”. Há uma equiparação desta situação com a da sentença definitiva, que, já no

direito lusitano, era considerada como o termo final do ofício jurisdicional, impedindo o juiz de analisar a causa e as decisões nela proferidas, *salvo raras exceções*, de que é exemplo a própria denegação da apelação em primeiro grau, enunciada neste mesmo parágrafo, parte final.

Na linha do que já previam as Afonsinas 3.67.2, o § 2º do Título 48 do Livro III das Manuelinas possibilita a revogação da sentença interlocutória no lapso de 10 dias, quando a requerimento, podendo, porém, o juiz da causa fazê-lo *ex officio* a qualquer tempo, desde que antes da sentença definitiva *e desde que se tratasse de interlocutória que segundo o Direito pudesse ser revogada*, nos termos do parágrafo precedente. O § 7º veda a revogação da decisão que revê a interlocutória, impedindo, assim que a mesma sentença interlocutória pudesse ser revista sucessivas vezes.

O § 5 deste título disciplina a hipótese de, embora tendo sido requerido pela parte, a revogação ser indeferida pelo juízo. Nesse caso, poderia a parte apelar ou requerer estormento ou carta testemunhável, conforme a hipótese, onde se remete ao título LIX, “*Da maneira que se terá, quando o Juiz non recebe apellaçam contra sentença interlocutoria*”.

De acordo com o proêmio do título mencionado, quando alguma parte apelasse de sentença interlocutória e o juiz não recebesse a apelação, poderia o apelante pedir estormento de agravo ao tabelião, ou carta testemunhável ao escrivão do feito, nos moldes do título 72 das Ordenações Afonsinas.

O § 8 do título 54 determinava que a sentença interlocutória que recebia a apelação era passível de agravo nos autos, sem dele tirar-se estormento, contrapondo, pois, as as modalidades de agravo nos autos e agravo de instrumento.

Pode-se notar, portanto, pelo que até aqui se expôs, que, a par do agravo ordinário, que não nos interessa senão acidentalmente, por razões que já foram enumeradas, foram introduzidos no processo, para remediar a falta das apellações das interlocutórias, três espécies de agravo: o agravo

de petição⁴⁹⁵, que possuía o inevitável efeito suspensivo, o agravo por estormento ou carta testemunhável⁴⁹⁶ e o agravo no auto do processo⁴⁹⁷, que não possuíam o condão de sobrestar o feito.

A origem do agravo nos autos do processo, observa Lobo da Costa, não havia sido objeto de análise acertada por nenhum dos ensaios monográficos de autores portugueses e brasileiros, devido à insistência em se atribuir à Lei de D. João III, de 1526, a instituição de tal remédio, olvidando-se, assim, a sobredita norma, contida no Livro III, Título 57, § 8, da edição de 1521 das Ordenações Manuelinas.⁴⁹⁸

Essa modalidade de agravo, também adotada para impugnar o ‘recebimento indevido’ dos agravos ordinários contra as sentenças interlocutórias simples dos Sobrejuizes, Ouvidores ou do Corregedor da Corte (Manuelinas, 3.77.17), prestou-se à simplificação do procedimento, permitindo que, mesmo nos casos em que o Julgador do recurso estivesse a menos de cinco léguas do juízo que prolatara a sentença interlocutória, fosse utilizado um mecanismo menos moroso para impugnar a sentença interlocutória que recebia a apelação ou o agravo ordinário (*supplicatio*). A grande vantagem do agravo no auto do processo consistia em que, tal como o agravo na modalidade retida entre nós conhecido, e a exemplo do que já ocorria com o agravo por extormento, não tinha o condão de suspender o trâmite do feito.

495 “Porque o Juiz, para quem se agravava, estava na terra, ou perto; em tal caso ião os proprios Autos ao Juiz Superior, para que se faziam huma Petição, como agora, ao mesmo Juiz, em que se lhe relatava o caso do agravo, para que avocando os autos conhecesse delle; o que deo causa aos Aggravos de Petição, nos quaes o Juiz a quo não pode proceder por falta de Autos”(Antonio Joaquim Gouvêa. **Manual das Appellações...**, *op. cit.*, p. 36.

496 “Se, (...), o Juiz Superior não estava na terra onde se agravava, e fôra de cinco legoas, então hiam os Aggravos por Instrumento; porque de outro modo a prohibição das Appellações nas interlocutorias ficaria inteiramente inutil”. (*Idem ibidem*)

497 “Esta praxe, que não tem fundamento nem no Direito Romano, nem no Canonico, que não tiverão idea de taes Aggravos de Petição, Instrumento, ou nos Autos, não só ha mais de dous seculos passou para a Legislação; porém depois continuou com mais extensão; de maneira que até das sentenças que tem força de Definitivas, taes como as de que falla a Ord., Liv. 3, título 20, § 18, 22, &, se manda agravar por Petição, ou Instrumento. Parece que quando as Leis fizerão caso de Agravo onde competia o remedio de Appellação, tiverão em vista a maior expedição do Processo; e que quando os Aggravantes usarão o de Agravo, competindo-lhes o de Appellação, attenderão a poderem usar delle diante de hum Magistrado Superior, que muitas vezes estava na mesma terra, e diante do qual não podião interpor Appellação. Temos, portanto, que os Aggravos de Petição, ou instrumento, tiverão, segundo o melhor pensar, a sua origem nas queixas aos Soberanos, ou Cartas de Justiça, que por esse motivo se mandavão dar; e que quando ao Agravo no Auto do Processo; foi obra de pratica posterior” (*Idem*, p. 39).

498 **A origem do agravo no auto do processo, passim.** Essa correção de Lobo da Costa ensejou reparo à doutrina de diversos juristas, como se depreende o excerto de Barbosa Moreira em edição recente: “As Ordenações Manuelinas consagraram o agravo como recurso típico das decisões interlocutórias simples, e regularam duas modalidades: quando o órgão ad quem ficasse sediado no mesmo lugar do órgão a quo, o agravo subia por petição; na hipótese contrária, por instrumento. Mais tarde, fixou-se uma distância-limite (cinco léguas) entre as sedes dos dois juízos; abaixo dela, o agravo seria de petição, e acima, de instrumento. A essas duas modalidades vieram acrescentar-se três outras: o agravo ordinário (anteriormente denominado suplicação), o agravo de ordenação não guardada e o agravo no auto do processo, cuja instituição como figura autônoma se costuma atribuir à Carta Régia de D. João III, mas que, conforme mais recente e acurada investigação, remonta à segunda publicação das Ordenações Manuelinas (1521)”. (**Comentários...**, *op. cit.*, p. 485).

Tais aspectos foram apontados no seguinte trecho, extraído da obra de Gouvêa Pinto:

Que qual fosse a razão do novo invento d'este agravo não he facil advinhar; mas que conjectura for a esta: via o Legislador o Direito Canonico antigo permittindo appellar de toda a Interlocutoria; via pelo contrario o Romano prohibindo-a das Interloctorias, que não tivessem força de Definitivas; vio n'essa Lei duas razões, huma, que multiplicadas as appellações das interlocutorias se eternisarião as demandas; outras, que a Appellação da Definitiva devolvia ao Superior os gravames das Interlocutorias para ahi serem corrigidos: por isso entre estes Direitos elegeo o Legislador uma media, mas providente via, adptando a Legislação Romana enquanto concedeo Appellação propria das Sentenças Interlocutorias com força de Definitivas; e quando ás mais, que são algum tanto gravosas, permittio o Aggravo de Instrumento, com as vistas de que lá hia mandar (ou estava mandando) na Manoelina, Liv. 3., tit. 59, § 3 (de que foi compilada a Filippin., Liv. 3, tit. 74), que taes Aggravos não suspendem o expediente da causa; admittio os de Petição com as vistas em se decidirem brevemente, apresentando-se no Juízo Superior em dez dias (5): das interlocutórias sobre a ordem do Processo, e menos gravosas, permittio o Agravo no Processo, fazendo-o preciso, e interposto em tempo devido, para mostrar de algum modo a sua queixa, e que não aquiesceo tacitamente a esses despachos; porque, alias, *tacens in judiciabilis consentire videntur*⁴⁹⁹

Do exame detido das Ordenações de D. Manuel, deflui que, se até as Afonsinas, o termo “agravo” designava o gravame causado à parte, a partir das Ordenações Manuelinas, embora não tenham sido eliminadas as confusões terminológicas acerca do vocábulo, ocorre uma inversão de liguagem pela qual o mal passa a designar o remédio específico.⁵⁰⁰

Sob as Manuelinas o estormento de agravo e a carta testemunhável recebem roupagem de verdadeiro recurso, subdividindo-se em: agravo de petição e agravo de estormento, cujo cabimento era determinado pelo critério territorial (distância de cinco léguas do tribunal) e agravo no auto do processo, com o objetivo primordial de evitar a suspensão do processo.

2.3.4. Do Agravo de Ordenação não Guardada e das Disposições do ‘Código Sebastiãoico’

⁴⁹⁹ *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁰⁰ Cf. NORONHA, Carlos Silveira. O agravo na história do processo português como gravame e como recurso. *Revista de Processo*, n. 78, pp. 65-66.

As Ordenações Manuelinas vigoraram até sua revogação pelas Filipinas, o que ocorreu em 1603. Ainda na sua vigência, foi editada a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes Lião, designada por ‘Código Sebastianico’ ou simplesmente ‘Carta Régia de 1526’.

Esta Coleção de Leis Extravagantes previu o que alguns denominam ‘agravo de ordenação não guardada’ (S 3.7.21), que alguns consideram nova modalidade de agravo⁵⁰¹, cujo objeto consistia na “inobservância da ordenação acerca de ordenar o processo”.

A autonomia desse remédio, que alguns consideram como embrião da correição parcial, é discutível, na medida em que poderia ser interposto por instrumento ou por petição, de acordo com o propalado critério da distância de cinco léguas entre juízo *a quo* e juízo *ad quem*.

De toda sorte, o “agravo de ordenação não guardada”, ou simplesmente, agravo para impugnar ordenação não guardada, tinha uma peculiaridade que o distanciava dos outros três modelos, destinados à impugnação de decisões interlocutórias de primeiro grau.

É que, consoante observou Martinho Garcez, “o *aggravo de ordenação não guardada*, não sendo em rigor uma nova especie dos *aggravos* de petição ou de instrumento, tinha, todavia, esta particularidade: ao passo que estes últimos só cabiam nos casos expressos em lei, este podia ser interposto de quaesquer despachos e mesmo de sentenças definitivas, quando o juiz deixada de guardar a Ordenação acerca da ordem do processo”⁵⁰².

A partir da Carta Régia de 1526, além da introdução do agravo (ou da hipótese de cabimento de agravo) de “ordenação não guardada”, assinalou algumas modificações na estrutura da impugnação das decisões interlocutórias.

Embora remanescesse o critério territorial para estabelecer as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento e de petição, foram especificadas as hipóteses em que o agravo poderia ser interposto numa dessas modalidades, ampliando-se as hipóteses de agravo no auto do processo. Especificamente quanto a este recurso, era necessário que a parte ou seu Procurador, quando da primeira vez que o feito fosse à Relação, pedisse a palavra e fizesse “assentar per termo no feito,

⁵⁰¹ Lobo da Costa refere-se a cinco espécies de agravo previstas nas Ordenações Filipinas (**A origem do agravo no auto do processo**, *op. cit.*, p. 176), do que se deduzem serem o agravo de petição, o de instrumento, o agravo no auto do processo, o agravo de ordenação não guardada e o agravo ordinário. José Carlos Barbosa Moreira também arrola as citadas modalidades (**Comentários...**, *op. cit.*, p. 485). Autores há, porém, que sequer fazem referência ao agravo de ordenação não guardada (por exemplo, LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1976, p. 153).

⁵⁰² **Dos *aggravos* – Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro Dos Santos, 1419, p. 2.

quando for concluso no dito incidente, antes que se despache em relação acerca do caso”. Do contrário, não pedindo a parte pelo modo sobredito, não mais poderia ser ouvida acerca do dito agravo, nem os desembargadores poderiam prover, ainda que lhes parecesse que tivesse sido prejudicada (S. 3.7.22).

Essas disposições (3.7.21 e 3.7.22) foram posteriormente transpostas para as Ordenações Filipinas (3.20.46 e 3.20.47).

2.4. Dos Agravos e da Impugnação das Interlocutórias de Primeiro Grau nas Ordenações Filipinas

Concluídas em 1595,⁵⁰³ as Ordenações Filipinas somente vieram a produzir efeitos em 1603, sob a égide de Filipe II, vigorando por mais dois séculos em Portugal e permanecendo aplicáveis no Brasil em matéria civil (Livro 4) até o Código Civil de 1916 e, em matéria processual, até 1890 – ao menos oficialmente, quando então se determinou a aplicação do Regulamento 737/1890 ao processo civil e comercial.⁵⁰⁴

Quanto à disciplina do direito processual e quanto ao recurso de agravo em particular, não houve, em linhas gerais, grandes inovações. As disposições acerca da revisão das decisões interlocutórias (por agravo e mediante revogação pelo próprio juiz), que consistem, em sua maior parte, em reprodução das Ordenações precedentes e da Coleção de Extravagantes de 1526.

O agravo de ordenação não guardada, previsto em Filipinas, 3.20.46, foi posteriormente abolido pelo artigo 17 do Decreto n. 143, de 1842, restando três modalidades de agravo para a impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau (agravo de petição, de instrumento e no auto do processo).

Eram também três as espécies de decisões: sentenças definitivas, sentenças interlocutórias mistas e sentenças interlocutórias simples. Em princípio, à semelhança das Ordenações Manuelinas,

⁵⁰³ A elaboração das novas Ordenações ficou na incumbência de vários desembargadores, cujos nomes de que se tem notícia são os dos juristas Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Paulo Afonso, Damião Aguiar e Afonso Vaz Tenreiro (MERÊA, Manuel Paulo. *Op. cit.*, p. 140).

⁵⁰⁴ Embora a regência do Livro III das Ordenações Filipinas, com as alterações introduzidas pela Disposição Provisória e Legislação Posterior, tenha perdurado até que determinação contida no Dec. 763/1890 mandasse aplicar às causas cíveis o Regulamento 737/1850, noticia Moacyr Lobo da Costa que dois exímios processualistas da época - Paula Batista e Ramalho - escreveram suas obras tendo presentes, sempre, os dispositivos do Regulamento 737, que a todo momento utilizavam para respaldar suas proposições doutrinárias De qualquer sorte, como o Regulamento 737 data da metade do século XIX, ainda assim o Livro III das Ordenações Filipinas pode ser mencionado como o Diploma Processual que por mais tempo vigorou em no Direito Brasileiro. Ressalta, pois, a significativa influência desta compilação na evolução do processo civil pátrio. (COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: RT/ EDUSP, p. 51).

as sentenças definitivas eram apeláveis, assim como as sentenças interlocutórias mistas; e as sentenças interlocutórias simples, agraváveis (de petição, por estormento/carta testemunhável ou nos autos do processo).

Nas Ordenações Filipinas, o conceito de sentenças interlocutórias e sua revogabilidade estão regulados no título 65, pr. e §§, analogamente ao que ocorria no título 48 das Manuelinas.

Na parte final do proêmio, contém-se a possibilidade de o juiz as revogar, antes que dê a definitiva, e o § 1 veda a reconsideração de interlocutórias com força de definitiva. Já o § 2º do Título 65 do Livro III possibilita a revogação da sentença interlocutória no lapso de 10 dias, quando a requerimento, podendo, porém, o juiz da causa fazê-lo a qualquer tempo, desde que antes da sentença.

A propósito desta possibilidade de revogação, Cândido Mendes de Almeida⁵⁰⁵ apõe doutrina de Paula Baptista, na qual este diferencia a revogação de interlocutórias que ofendam a ordem substancial do processo e o direito das partes e aquelas que contenham irregularidades acidentais, sem prejuízo para as partes na completa dedução de sua ação ou de sua defesa.

No caso das primeiras, assinala Paula Baptista ser responsabilidade do juiz, ‘sua honra e dignidade’, a apuração e reparação do erro ou injustiça; já quando às segundas, seria inconveniente anular uma interlocutória ‘sem influência, e já cumprida’, sob pena de se causar “um mal maior do que aquele que se quer sanar”. Para se evitar esse inconveniente, prossegue, deverá o juiz desatender a parte que se diz prejudicada, “logo que reclama fôra de tempo, e com seu consentimento expresso aqui escia á interlocutoria.” Segundo Paula Baptista, essa seria uma interpretação não literal das ordenações, consentânea com os ‘principios geraes da sciencia’⁵⁰⁶. É, em última análise, uma interpretação que prima pela economia processual.

A doutrina de então se aproxima do que hoje se entende por instrumentalidade processual, revelando que a preocupação com a celeridade do processo e a utilidade dos atos processuais já era antiga conhecida dos juristas luso-brasileiros.

⁵⁰⁵ Ordenações Filipinas. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, p. 666.

⁵⁰⁶ Paula Baptista, Processo Civil, *apud*. Nota 1 da p. 666 das Ordenações anotadas por Cândido Mendes de Almeida, Calouste Gulbekian, op. cit., p. 666.

Outro paralelo que se pode fazer com os dias atuais diz respeito à própria dificuldade de se distinguirem as sentenças das interlocutórias e, nas Filipinas, em particular, as sentenças definitivas das sentenças interlocutórias com força de definitivas (ou mistas),

Muito embora se possam verificar parâmetros conceituais bem definidos acerca do conceito de sentenças definitivas e sentenças interlocutórias, constatou-se na prática certa dificuldade em discernir as hipóteses, mormente quando se alude a interlocutórias mistas e definitivas.

Pereira e Souza⁵⁰⁷ traça os contornos dos conceitos de sentenças definitivas e interlocutórias, em sintonia com as Ordenações vigentes:

“582. *Sentença definitiva* é aquella, pela qual se-decide a questão principal da Causa. Em duvida, a palavra *Sentença* indica a *Definitiva*, pôis é chamada *Sentença* por excellencia. (...) Difere da *Interlocutoria*: I – em que por ella termina-se a questão principál, e pêla interlocutoria somente termina-se a questão incidente, ou emergente; II – em que a definitiva admite apellação, e a interlocutória em regra só admite Aggravo no Auto do Processo; III – em que o Juiz pode reformar *ex officio* a *Sentença Interlocutória*, não assim a *Sentença Deffinitiva*.

583. A *Sentença Interlocutória* é aquella, pela qual somente decide-se algum ponto *incidente*, ou *emergente*, do Processo. *Incidente* é o que tem princípio antes da litiscontestação, *emergente* é o que ocorre depois d’ella, Nao sendo porém rigorosas tais qualificações. A *Interlocutória* subdivide-se em *simples*, ou *mixta*. *Simples* é a que não se-extente além dos limites do ponto, sôbre que é proferida. *Mixta* é a que prejudica a questão principal, e por isso tem fôrça de *definitiva*.”

Porém, da exposição doutrinária que segue, acerca do agravo e da apelação contra as sentenças interlocutórias, mormente daquelas que tenham força de definitiva, dá notícia de uma série de perplexidades geradas pela dificuldade de se aferir a natureza da decisão e o recurso cabível.

⁵⁰⁷ SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Primeiras Linhas sobre Processo Civil acomodadas ao fóro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Tomo 1.** Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879, v. I, p. 292-293.

Quanto às interlocutórias com força de definitivas, arrolava: a que determina, que alguém não seja citado (3.69. pr.); a que julga sêr nulla a citação feita (3.69.pr.); ou que o demandado não é obrigado á responder (3.69.pr.); ou que o autor não é pessoa legítima para demandar (3.65.1); ou que o petitório da ação não procede (3.65.1.); a que totalmente absolve o réu, assim da instância, como da ação (3. 14. pr., 3.20.17 e 22, 3.65.1)⁵⁰⁸.

Não eram, porém, consideradas interlocutórias com força de definitivas: a que só absolve da instância por alguma omissão da outra parte no processado (3.14.pr); a que julga provada a exceção peremptória definitivamente quanto à esta, interlocutoriamente quanto à ação; a proferida na causa de embargos à primeira, quando logo os despreza, e julga procedente o precêito cominatório; a que anula o processo por falta de alguma solenidade (3. 2036); a proferida sobre reforma de autos perdidos, ou queimados, que já estavam afinal julgados (Ass. de 23 de Maio de 1758, que distinguiu entre a reforma depois e antes do julgamento final; sendo o recurso neste ultimo caso o de agravo de petição ou *de instrumento*, com a confirmação do Art. 15 do Regul. De 15 de Março de 1842); a proferida em ação de assignação de dez dias, quando não se-vem com embargos, ou estes não são recebidos (3.25. 1); a declarada, ou interpretada, se ainda, for duvidosa (3.66.6)⁵⁰⁹.

Interessante observar que a não-taxatividade dos exemplos sobrelevava a dificuldade de verificar a natureza da decisão, ainda mais quando o recurso cabível não fosse mais a apelação, ao ponto de exclamar a doutrina que “imitando costume velho, não falta quem ainda pretenda apellar por – damno irreparavel -, pretexto vago á cobrir tôda a casta de prejuízos!”⁵¹⁰

Não menos elaboradas que as modalidades de decisão eram as modalidades de agravo: agravo de petição, de instrumento e no auto do processo, cujos pontos de contato e de divergência são apontados por Lobão⁵¹¹. Todas as espécies de agravo deveriam ser interpostas em dez dias. Os agravos de instrumetno não suspendiam o curso do processo; já os agravos de petição sim. Os agravos no auto do processo, naturalmente, nunca tinham efeito suspensivo. Registra Lobão, ainda, que tanto o agravo de petição como o de instrumento poderiam ser itnerpsotos das mesmas interlocutórias, e que os agravos nos autos do processo guardavam o pcedimento específico a que

⁵⁰⁸ Op. cit., pp. 22-23.

⁵⁰⁹ Op. cit., p. 24.

⁵¹⁰ Op. cit., p. 25.

⁵¹¹ SOUZA, Manoel de Almeida e **Segundas Linhas sobre Processo Civil, ou antes adicções às Primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Souza**. Imprensa Nacional: 1855, v. II, p. 184-185.

já se aludiu, onde era necessária a argüição no Juízo *ad quem*, quando da primeira oportunidade --- o que nos remonta à reiteração do agravo retido.

Mas estes agravos diferiam, dentre outros pontos, em que “os de Petição ou instrumento se devem interpor em Audiência, intimar-se os Juízes, e por termo escripto pelo Escrivão”, (...) porém ao Agravo do Processo basta (dentro de dez dias) se escreva nos autos pelo advogado”; “na forma, e ordem com que se deferem, e decidem os Juízos Superiores: Quando de Petição ou instrumento se decidem pela fôrma pratica, (...) quando do Processo se despachão no Juízo Superior pela fôrma, e ordem, que ensinou o Leit. de Gravam. Q. Causa, Ord. L. 3.T7.§ 16, T. 8 § 9, in. pr., T. 58, § 25 (...)”⁵¹²

Essas características dos agravos, como se sabe, exceto pelo critério geográfico, e pela figura do agravo de petição, terminaram, por frutificar nos dois recursos cabíveis contra as interlocutórias, tendentes à reforma ou invalidação destas decisões.

Tal era a configuração dos recursos no direito luso-brasileiro quando das Ordenações Filipinas.

CONCLUSÕES

O estudo da origem e evolução do agravo no Direito Lusitano mostra-se relevante ante o irrefutável paralelismo deste mecanismo recursal com o recurso que recebe idêntica denominação no direito brasileiro.

A afinidade do agravo no processo civil brasileiro com esta modalidade recursal no direito lusitano não se limita à circunstância daquele haver se originado nas Ordenações Reícolas.

Antes disso, há identificação dos institutos sob vários aspectos.

Além da origem comum, o agravo brasileiro se identifica com a figura do direito processual lusitano, porque este também enfeixa as diversas nuances do paradoxo *justiça e certeza* ou *justiça e celeridade*, sendo este impasse causa principal das idas e vindas na disciplina recursal contra as interlocutórias.

⁵¹² Op. cit., p. 187.

Tanto quanto no processo brasileiro, o sistema lusitano já se ressentia da dificuldade de se distinguirem as *decisões finais* daquelas que *resolvem questões incidentes*, o que sempre ocasionou perplexidades na escolha do recurso cabível.

No processo lusitano, a disciplina do agravo sofreu sensíveis mitigações conforme o momento político e ideológico, às quais se seguiu, quase sempre, uma reação no sentido de ampliar o cabimento desta espécie recursal ou possibilitar uma terceira via para a revogação da decisão ‘irrecorrível’.

Pode-se, também, vislumbrar certo paralelismo entre o agravo por estormento ou carta testemunhável e o agravo nos autos do processo com o agravo de instrumento e o agravo retido.

A identidade, porém, não é --- nem poderia ser --- perfeita, já que, mesmo no direito pátrio, a classificação das decisões judiciais foi alvo de mudanças, de sorte que não há como traçar paralelismo perfeito entre o agravo surgindo nas Manuelinas e aquele de que trata o Código de Processo Civil de 1973.

Seja como for, o exame é válido por fornecer a exata dimensão da dificuldade de se adequar o sistema recursal relativo às decisões interlocutórias (na dicção atual) ou àquelas que não atingem o escopo final da jurisdição, que é a sentença de mérito

Quando se adota um sistema restritivo, como fizeram diversos diplomas lusitanos e à semelhança do que ocorre no atual momento do processo civil brasileiro, em busca de maior celeridade processual, surgem, de outra parte, clamores no sentido de se permitirem a utilização extraordinária desta via --- ou de outra qualquer --- para suprimir as injustiças provindas de situações “extraordinárias”

Sem querer mergulhar num fatalismo histórico ou num *futurismo*, esta visão crítica do agravo nos conduz à conclusão de que os cíclicos *progressos* e *retrocessos* legislativos na utilização do agravo como mecanismo para impugnar as decisões que resolvem questões incidentes (ou aquelas que o fazem com força de conduzir à extinção do feito, como ocorreu em determinadas épocas) permanece a consternar os juristas, na busca do equilíbrio no binômio justiça e celeridade.

Em verdade, essa constatação apenas leva a concluir que a solução do problema extravasa previsões em texto de lei e compreende, antes disso, uma verdadeira indagação acerca daquilo que, num sistema jurídico, estimula os litigantes a recorrerem tanto e tão frequentemente das decisões

interlocutórias e, principalmente, dos métodos que seriam hábeis a coibirem a utilização excessiva deste mecanismo.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 10ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

AZEVEDO, Luiz Carlos de Ainda a origem da Apelação no Direito Lusitano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90, 1995, p. 67 e s.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. COSTA, Moacyr Lobo da. Estudos de História do Processo: Recursos. São Paulo: FIEO, 1996.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à História do Direito. 2 ed. São Paulo: RT, 2007

AZEVEDO, Luiz Carlos de. A origem da Apelação no Direito Lusitano. São Paulo: FIEO, 1996.

BUZAID, Alfredo. Do agravo de Petição no sistema do Código de Processo Civil. 2ª. ed. Saraiva: São Paulo, 1956.

CAETANO, Marcello. História do Direito Português, (sécs. XII – XVI) – seguida de subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal do séc. XVI. 4 ed. Lisboa/São Paulo: LAEL, 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. História do Direito Português. 3 ed. Almedina.

COSTA, Moacir Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Editora RT/ EDUSP.

FERNANDES, Fátima Regina. A Recepção do Direito Romano no Ocidente Europeu Medieval. História: Questões & Debates. Curitiba, n. 41, p. 73-83, 2004. Editora UFPR 74

GARCEZ, Martinho. Dos agravos – Teoria e Prática. Rio de Janeiro: J. Ribeiro Dos Santos, 1914.

KASER, Max. Derecho Romano Privado. 5ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968

LIMA, Alcides de Mendonça. Introdução aos Recursos Cíveis. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1976.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. 1. Campinas: Millennium, 1998.

MERÊA, Manuel Paulo. *Resumo das Lições de História do Direito Português*. Coimbra: Tipografia da Editora Coimbra, 1925.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do Agravo de Instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NORONHA, Carlos Silveira. O agravo na história do processo português como gravame e como recurso. *Revista de Processo*, n. 78.

PEÑA, Eduardo Chemale Senistre. *O Recurso de Agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Manual das Appellações e Aggravos ou dedução systematica dos princípios mais sólidos e necessários á sua matéria*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo e Henrique Laemmert, 1846.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

SIDOU, Othon, *Os recursos Processuais na História do Direito*. Rio de Janeiro, 1978.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. I vol. *Fontes de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras Linhas sobre Processo Civil acomodadas ao fôro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879.

SOUZA, Manoel de Almeida e *Segundas Linhas sobre Processo Civil, ou antes adicções às Primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Souza*. Imprensa Nacional: 1855, v. I e II.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Canônico (história e direito vigente)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Dos Agravos no CPC Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

**PROCESSO CONSTITUCIONAL:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**CONSTITUTIONAL PROCESS:
ONE APPROACH TO THE CHALLENGES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW**

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES

Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMinas), Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Professor Adjunto na PUCMinas e UNIFEMM, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Comissão de Ensino Jurídico (OAB - Seccional Minas Gerais), Advogado.

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UFMG), Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Professor Adjunto na Faculdade Batista de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

Resumo: O texto apresenta os dilemas do estudo do processo constitucional no Brasil, reconstruindo o histórico do Direito Processual Constitucional, mostrando, ao mesmo tempo, sua realidade histórico-social – relacionada à consagração de sistemas normativos de proteção dos Direitos Humanos, e a científica, dimensões que a doutrina na atualidade tende a mesclar. Analisa a aplicação dos princípios constitucionais e a democratização do processo.

Palavras-chave: Processo constitucional – democratização processual - princípios – acesso à justiça – eficiência.

Abstract: The article presents the dilemmas of the study of the constitutional process in Brazil, rebuilding the Constitutional Procedural Law history, while demonstrating its social-historic reality – related to the recognition of normative systems for the protection of Human Rights, and the scientific one; dimensions that currently the doctrine tends to merge. Analyzes the application of constitutional principles and the democratization process.

Key-words: Constitucional process - principles - democratization process – access to justice-efficiency.

Sumário: Considerações iniciais: o “Processo Constitucional”; 1. Constitucionalização do Processo; 2. Alguns dilemas do acesso à justiça; 3. Os problemas de “eficiência” e a judicialização....; 4. Devido Processo Legal; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Considerações iniciais: o “Processo Constitucional”

Como já se disse no I Congresso Ibero-americano de direito constitucional, ocorrido no México em 1975 “é necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, com o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem a zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do órgão jurisdicional”.⁵¹³

Essas breves palavras já demonstram a importância do estudo do direito processual constitucional, modelo constitucional de processo,⁵¹⁴ justiça constitucional,⁵¹⁵ processo constitucional ou qualquer outra nomenclatura atribuída a essa nova disciplina jurídica (cf. *infra*) delineada no curso do século XX e que vem gerando enormes ressonâncias para a compreensão e aplicação do direito em consonância com o Estado Constitucional democrático e com uma teoria adequada dos direitos fundamentais.

No entanto, como bem aponta Mac-Gregor, soa paradoxal o fato dos processualistas, em média, mostrarem-se pouco interessados no trato mais aprofundado das questões inerentes aos impactos do estudo do direito processual constitucional, em face da assertiva recorrente da constitucionalização do ordenamento jurídico e da criação de processos e órgãos jurisdicionais especializados na matéria constitucional; aspecto que conduziria a uma necessária aproximação do Processo com a Constituição.⁵¹⁶

Nesse breve ensaio almeja-se resgatar as lições acerca da importância do Processo Constitucional no âmbito dos operadores e estudiosos do Direito e mostrar as confluências entre o Processo e a Constituição e sua interconexão na aplicação do direito a partir de uma perspectiva dinâmica dos direitos fundamentais.

⁵¹³ Tradução livre - FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵¹⁴ ANDOLINA; VIGNERA, 1990.

⁵¹⁵ cf. MAC-GREGOR, 2008, p. 529-657.

⁵¹⁶ MAC-GREGOR, 2008, p. 537 e 2009.

Conforme mostrar-se-á adiante, o Processo Civil sofre uma ruptura paradigmática a partir do final do século XIX, quando num primeiro momento se autonomiza, se articula nos moldes do movimento pela socialização processual,⁵¹⁷ e a partir da década de 1920 se molda em perspectiva constitucional.

A incipiente constitucionalização jurídica ao alcançar o campo processual impõe uma reformulação na leitura de seus institutos eis que, como afirma Baracho⁵¹⁸, “os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos Direitos Fundamentais do homem”.

Desde texto publicado em 1956, na Revista “Justicia”, passando pelo seu famoso ensaio da “Revista de Derecho Procesal” do Uruguai (posteriormente republicado pelo “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, em 1977), FIX-ZAMUDIO, referindo-se ao trabalho de Couture, nos dá notícia do nascimento de uma nova disciplina, o “derecho constitucional procesal”, surgido como “*resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*”.⁵¹⁹ O jurista chama a atenção para a anterioridade e a repercussão dos trabalhos de Couture (especialmente o seu “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”) no âmbito processual mostrando a transcendência constitucional dos institutos processuais.⁵²⁰

A constatação é clara, “ação, jurisdição e processo” devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional.

*En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción”.*⁵²¹

1. Constitucionalização do Processo

Tem-se falado muito hoje em dia em “Direito Civil Constitucional”,⁵²² “Direito Penal Constitucional”, e outras combinações entre os mais variados ramos do Direito e a Constituição (ou

⁵¹⁷ KLEIN, 1958, p. 15; BÜLOW, 2003; NUNES, 2008.

⁵¹⁸ BARACHO, 1980-82, p. 59.

⁵¹⁹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 315.

⁵²⁰ FIX-ZAMUDIO, p. 317. Para compreensão da importância do pensamento de Couture no desenvolvimento do estudo da ciência processual constitucional cf. MAC-GREGOR, 2008, p. 597 *et seq.*

⁵²¹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵²² PERLINGIERI, 2007.

o Direito Constitucional). Essa é uma tendência bastante positiva, haja vista um aparente reconhecimento da importância e da primazia da Constituição sobre todo o Direito, nas suas mais variadas manifestações.⁵²³

Fator que também pode explicar a atual tendência, no Brasil, de se constitucionalizar o Direito, estaria no fato da Constituição Brasileira, mais do que qualquer outra anterior, além de tratar de matérias tradicionalmente afetas a uma Lei Maior — organização do Estado, dos poderes, da forma e regime de governo, além de um extenso e inigualável elenco de direitos e garantias —, trazer para seu seio disposições afetas ao Direito Civil, Comercial, Tributário, Penal, Processual (e outros) de maneira, por vezes pormenorizada.

Assim, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o Direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo no Brasil sem se reportar à Constituição da República Federativa de 1988.⁵²⁴

Isso se torna ainda mais complexo em uma Constituição com um elenco tão longo de direitos e garantias fundamentais⁵²⁵. De fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito.⁵²⁶ Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandado de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

⁵²³ O fenômeno da “constitucionalização” do Direito ocorre, como lembra SARMENTO (2009), com a nova configuração das Constituições que surgem após a 2ª Guerra, quando elas deixam de ter um papel apenas *inspirativo* (isto é, não vinculante do legislador e, logo, não judicializável) e passam a conter um extenso catálogo de (novos) direitos fundamentais que reclamam a atuação do Estado, espalhando seu alcance por sobre todas as áreas do Direito. Diante do descumprimento de boa parte dos “programas” previstos nas Constituições, com a crise do Estado de Bem-Estar (principalmente em países subdesenvolvidos), cresce a importância do Poder Judiciário, o que irá importar “na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção”. SARMENTO, 2009, p. 15. Cf. também BAHIA, 2004.

⁵²⁴ Aqui não poderia deixar de fazer uma consideração: Os processualistas devem se abrir para os ganhos da teoria do direito, da Constituição e da filosofia. Essa afirmação não advoga o retorno a posturas conceitualistas próprias do início da ciência processual, mas, ao ver ainda, manifestações de “desprezo” aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, mesmo, das ciências gerenciais percebemos a repetição de posturas e preleções típicas dos praxistas (dos idos tempos) como se ao falar de processo nos reduzíssemos a falar de formas e formalidades de um mecanismo técnico neutro, ou pior, de um mecanismo aberto às concepções pessoais de cada aplicador.

⁵²⁵ Como observa ALEXY, referindo-se especificamente à Constituição brasileira de 1988: “Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista?” (1999, p. 63).

⁵²⁶ cf. BARACHO, 1985, p. 60 e 2000, p. 13-14.

Como se percebe desse breve levantamento, a partir de 1988 toda a processualística brasileira mudou; garantias foram ampliadas (com a criação, por exemplo, do mandado de segurança coletivo, recentemente normatizado pela lei 12.016/09) e novas garantias surgiram (como o mandado de injunção, o *habeas data*). Vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados.

A Constitucionalização do Processo é um capítulo à parte dentro da tendência apresentada. Inicia-se já quando a socialização processual começa a ser amplamente absorvida pelos textos legais (códigos e ordenanças processuais) e ganha força na forma de se interpretar e aplicar os institutos do processo.⁵²⁷

A partir disso os cultores do Direito passaram a olhar de forma diferenciada para o “processo”, não mais como direito “adjetivo”, mas sim, retomando antigas teorias acerca de escopos “metajurídicos” presentes nas ações judiciais⁵²⁸. Tal preocupação não passou despercebida pelos que elaboraram as Constituições ao longo do século passado, pois, como já nos lembra,⁵²⁹ estas “consagran expresamente los delineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional”⁵³⁰. Assim é que os três institutos básicos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) passaram a ser estudados também por constitucionalistas.⁵³¹

Trata-se de uma mudança paradigmática na interpretação do processo. Como definiram Andolina e Vignera:⁵³² “[/]e norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria”.

Dessa forma que o processo — como outros ramos do Direito, consoante anotado *supra* — também vai se tornando “Processo Constitucional”, num desenvolvimento contínuo.

FIX-ZAMUDIO⁵³³ estabelece, para alguns, o surgimento de duas disciplinas: “direito processual constitucional” e “direito constitucional processual”⁵³⁴.

A primeira estaria relacionada à chamada “justiça constitucional”⁵³⁵, isto é, *uma nova concepção da jurisdição que busca dar efetividade à Constituição através do processo*. O marco

⁵²⁷ NUNES, 2008, p. 88 *et seq.*

⁵²⁸ As primeiras referências a escopos políticos, sociais e econômicos ao processo se encontram nas obras de Menger e Klein (cf. NUNES, 2008, p. 79 *et seq.*) Sobre a retomada dessas ideias na atualidade ver Dinamarco (2001).

⁵²⁹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 317.

⁵³⁰ Já ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 2000, p. 103-104 mostrava a dificuldade de se tentar enquadrar a jurisdição como pertencente ao direito processual ou ao constitucional. O autor inclusive lembrava que Couture, ao tratar dos “fundamentos do direito processual” não tratou da jurisdição, o que foi objeto de críticas no meio processual. Cf. também FIX-ZAMUDIO (1977, p. 317) e SANTOS, 1994.

⁵³¹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵³² ANDOLINA E VIGNERA, 1990, p. 13.

⁵³³ 1977, p. 320ss

⁵³⁴ Cf. também CATTONI DE OLIVEIRA, (2001, p. 211 *et seq.*

inicial desta disciplina estaria na obra de Kelsen e seus estudos sobre os meios processuais que garantiriam a efetividade da Constituição. Segundo Alcalá-Zamora y Castillo,⁵³⁶ o processo constitucional possui, como antecedentes, de um lado,

la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos [a referência é à Lei de Organização Judicial espanhola de 1870] (...) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que (...) el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austríaca de 1º de octubre de 1920, inspirada por Kelsen, a quien, por tanto, debemos considerar como fundador de esta rama procesal (...) y que trascendió al constitucionalismo de otros países, como España en 1931⁵³⁷.

A segunda disciplina (direito constitucional processual) se relaciona ao que Fix-Zamudio chama de “constitucionalização da justiça”, ou seja, o fenômeno da *regulación constitucional das instituições*.

O “direito processual constitucional” estuda os chamados “remédios constitucionais” (v.g., mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), chamados de “jurisdição constitucional da liberdade” e a “jurisdição constitucional orgânica”. Já o “direito processual constitucional” estuda, do ponto de vista do Direito Constitucional, os dispositivos (normas e princípios fundamentais) referentes ao processo, presentes nas Constituições. O grande referencial aqui, segundo FIX-ZAMUDIO é Couture⁵³⁸.

Cattoni de Oliveira questiona a distinção que propõe a existência de duas disciplinas diferentes, já que todo Direito processual também é direito “constitucional” em nosso Ordenamento, uma vez que aquele se origina deste⁵³⁹.

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “modelo constitucional do processo”, estruturante do Direito processual, que não pode ser

⁵³⁵ Noutro texto Fix-Zamudio (1968, p. 12) explica que o termo “Justiça Constitucional” corresponde ao que noutros países se denominou “*judicial review*”, “processo (ou jurisdição) constitucional”, “controle de constitucionalidade”. Entretanto, entende mais adequado aquele outro termo, já que, filosoficamente, representaria melhor o estágio em que nos encontraríamos (à época), no qual as normas fundamentais trariam um caráter marcadamente axiológico (isto é, seriam “normas programáticas”).

⁵³⁶ ALACALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 214-216

⁵³⁷ FIX-ZAMUDIO (1977, p. 321) acrescenta a influência da obra de Kelsen sobre Constituições europeias pós-2ª Guerra. Cf. também MARTÍNEZ ESTAY (2005b).

⁵³⁸ Por influência de Couture, as “Primeiras Jornadas Latino-americanas de Direito Processual”, ocorridas em 1957 (assim como as subsequentes) deliberaram, entre suas conclusões, vários temas referentes a “garantias constitucionais do processo” (cf. FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 323-324).

⁵³⁹ Anota também outra razão: para CATTONI DE OLIVEIRA (2001, p. 212), o meio ordinário de controle de constitucionalidade no Brasil é o difuso, o que faz com que em todo processo a “questão constitucional” esteja sempre presente. Nesse sentido também BAHIA (2005b). Em sentido contrário, e.g., MENDES (1998).

desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 212).

É importante assinalar as conseqüências disso: a partir do momento em que o Processo é visto como “Processo Constitucional”, toda Justiça (e, pois, todo juiz/Tribunal) é Constitucional.

Quando se fala, hoje, pois, em Controle de Constitucionalidade como sinônimo de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional, deve-se explicitar os supostos a partir dos quais são usados os termos⁵⁴⁰; principalmente se referido ao Brasil, onde todo e qualquer juiz está autorizado a deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional. De forma que “Jurisdição Constitucional” pode significar o mesmo que “Controle de Constitucionalidade” caso estejamos falando de sistemas de controle concentrado de normas (como o alemão): aí há uma jurisdição propriamente “constitucional” (executada exclusivamente por um “Tribunal Constitucional Federal” – *Bundesverfassungsgericht*) e outra “ordinária” (executada pelos demais juízes). Nesse sentido Fix-Zamudio⁵⁴¹ explica que a expressão “Jurisdição Constitucional” apenas se refere às atividades dos Tribunais Constitucionais, naqueles países nos quais aqueles decidem de forma exclusiva a questão do controle de constitucionalidade das leis. Já nos países que adotam controles políticos e os que conferem esse poder a juízes ordinários (como no Brasil), tal expressão não faria sentido.

O debate em torno do Processo constitucional ganha inúmeras nuances, não se resumindo tão somente à problemática do controle de constitucionalidade⁵⁴², mas, também se referindo ao necessário exercício de quaisquer poderes públicos e privados, servindo como pressuposto de participação e formação das decisões (provimentos).

Nessa tônica, o delineamento de uma perspectiva processual constitucional inicialmente concebida no marco do Estado Constitucional Social vocacionado ao reforço, especialmente após a segunda grande guerra, do papel do Poder Judiciário e na implementação de políticas públicas de ampliação do acesso à justiça, começa a ser problematizado em novos matizes com a crise do *Welfare State* e de uma reformulada concepção dos direitos fundamentais.

2. Alguns dilemas do acesso à justiça

Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem sintetizados no relatório do Projeto *Firenze*, dirigido por Cappelletti,⁵⁴³ que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o final

⁵⁴⁰ Essa associação é recorrente no Brasil. Só para citar um exemplo, observe-se o título de um dos livros de MENDES (1998): “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”.

⁵⁴¹ FIX ZAMUDIO, 1968, p. 207

⁵⁴² Mesmo a respeito do controle de constitucionalidade há que se observar a emergência do controle no nível de entidades supranacionais. É o caso da União européia, onde já se fala em um sistema comunitário de controle de “constitucionalidade”. Cf. a respeito MARTÍNEZ ESTAY (2005a).

⁵⁴³ CAPPELLETTI, 1978.

do século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso. No entanto, com isso introduziram um problema, qual seja, o acesso defendido gerou o aumento exponencial de demandas e com esta a potencialização da questão em torno da celeridade. Assim, passa-se a uma nova fase: é preciso diminuir o acesso, primeiro aos Tribunais Superiores (v.g., com os mecanismos das Súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral das questões constitucionais,⁵⁴⁴ Súmulas Vinculantes etc.) e mais recentemente até ao primeiro grau (art. 285-A do CPC Brasileiro).

O próprio papel do Poder Judiciário necessita ser revisitado em face do aumento de sua participação em esferas políticas e da necessária contraposição entre vertentes ativistas e minimalistas (de auto-restrição) na aplicação do direito, porque tanto umas quanto outras não promovem adequadamente os direitos fundamentais porque partem ora das virtudes diferenciadas (e pessoais) dos magistrados,⁵⁴⁵ ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados.⁵⁴⁶

Como dito, o congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso. Entretanto, a grande maioria dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.

Nesse sentido, pode-se apontar uma coincidência nas várias reformas processuais que a América Latina vem sofrendo.

No final da década de 1980, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira:

Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o

⁵⁴⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA (2009).

⁵⁴⁵ NALINI, 2006.

⁵⁴⁶ SUNSTEIN, 1999.

Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As propostas, visando a estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2- mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9- desregulamentação das atividades econômicas; 10- garantia dos direitos da propriedade (destacamos).⁵⁴⁷

Entretanto, um balanço dessas reformas processuais realizadas demonstra que elas foram pouco eficientes quanto aos objetivos de minorar o congestionamento judiciário. Mas, por que? A resposta de Bou i Novensà⁵⁴⁸ é que políticas que não visem integrar, simultaneamente, reformas legais ao lado de aumento de mecanismos de acesso à jurisdição e de eficiência, terão muito poucas chances de êxito. Mais ainda, que a formulação destas políticas tem de contar com a participação e contribuição da sociedade civil organizada, não podendo ser tida como um assunto exclusivo de *experts*.⁵⁴⁹

Esse também é o diagnóstico de boa parte daqueles que têm se debruçado sobre as reformas judiciais na América Latina, como mostram Smulovitz e Urribarri:

Evaluaciones recientes del proceso de reforma judicial coinciden en señalar que éstas han enfrentado problemas que derivan de la inadecuación del diagnóstico acerca de los problemas que se debían atender (Hammergren, 1999 y 2004), de rumbos de acción contradictorios (Domingo y Seider, 2002), de información inadecuada e insuficiente respecto de qué era necesario reformar (Hammergren, 1999) así como de resistencias políticas y burocráticas que han

⁵⁴⁷ BANDEIRA, 2002, p. 135.

⁵⁴⁸ BOU I NOVENSÀ, 2004.

⁵⁴⁹ cf. BAHIA, 2007, p. 150.

impedido la implementación de las reformas.⁵⁵⁰

E ainda, Sorj e Martuccelli⁵⁵¹:

los problemas del poder judicial son esencialmente ligados a una burocracia pública con dificultades para transformar “inputs” en “outputs”, los análisis sobre su funcionamiento y las acciones públicas para remediar estas dificultades se concentraran en los cambios administrativos que podrían mejorar su desempeño (sobre todo medidas tendientes a disminuir la congestión judicial y el retraso en la resolución de las causas como, por ejemplo, el abandono del sistema inquisitivo y su reemplazo por un sistema acusatorio o semi-acusatorio) o bien reformas que propiciaron medidas tendientes a facilitar la representación legal pública.⁵⁵²

Cuarezma Terán, referindo-se às reformas judiciais na América Central, destaca que no:

contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos (...). [Assim] la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como un requisito esencial para la promoción la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar seguridad en la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas nacionales y extranjeras.⁵⁵³

3. Os problemas de “eficiência” e a judicialização....

⁵⁵⁰ SMULOVITZ E URRIBARRI, 2008, p. 10.

⁵⁵¹ Cf. também Relatório do IFES, produzido por Henderson e Autheman (2003, p. 25-26).

⁵⁵² SORJ E MARTUCCELLI, 2008, p. 163.

⁵⁵³ CUAREZMA TERÁN, 2004, P. 117-131.

Ademais, necessitamos perceber “qual” eficiência se adéqua a uma concepção de processo-constitucional.

Segundo Taruffo,⁵⁵⁴ há dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência “quantitativa”, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância.⁵⁵⁵

Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes⁵⁵⁶ e, completaríamos, democráticas para aplicação do direito.

No Brasil predomina aquela primeira perspectiva quanto à eficiência, é dizer, eficiência processual como celeridade e busca de alta produtividade judicial.

Não se pode ainda olvidar que a partir da década de 1990, os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso colocaram em curso boa parcela das medidas do *Consenso de Washington*, entre elas, uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles.⁵⁵⁷

Desse modo, as medidas governamentais tiveram que adequar a leitura que se fazia do texto da Constituição de 1988, recém promulgada, de modo a impedir os direitos nela assegurados.

Assim, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.⁵⁵⁸

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implementada geraria efeitos na estruturação processual e na leitura do processo constitucional.

A “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a intervenção ilegítima do mercado, aludidas por Habermas,⁵⁵⁹ que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

⁵⁵⁴ TARUFFO, 2008. p. 185 *et seq.*

⁵⁵⁵ TARUFFO, 2008, p. 187.

⁵⁵⁶ TARUFFO, 2008, p. 187-188.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA, 2005.

⁵⁵⁸ NUNES, 2008.

⁵⁵⁹ HABERMAS, 1994, p. 105.

Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o accertamento dos direitos.⁵⁶⁰

Ao lado dessa perspectiva econômica,⁵⁶¹ foram defendidas e implementadas reformas no processo que reduziriam sua função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais.

Analisa-se o sistema processual e seus institutos como se esses, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica que, face à globalização, ocorreria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes,⁵⁶² sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito e com a compreensão adequada das bases do processo constitucional.

Constata-se que nos países latino-americanos a magistratura não estabelece um contrapeso “aos abusos de poder por parte do executivo e do legislativo”⁵⁶³ e que os juízes não se encontram, frequentemente, preparados para o exercício de seu *múnus*.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ NUNES (2008). Na busca de eficiência e máxima rapidez procedimental o discurso de neoliberalismo processual permite a defesa da máxima sumarização cognitiva, com redução do espaço discursivo processual. Um dos possíveis frutos desse movimento se consubstancia na tentativa de introdução de nova técnica processual, por razões eminentemente pragmáticas, mediante um anteprojeto de reforma que visa introduzir a denominada estabilização da tutela antecipada derivada da *référé-provision* francesa (CADIET, 200, p. 564) e dos *provvedimenti cautelares a contenuto anticipatorio* dos art. 23 e 24 da normatização do rito societário italiano (D. legs. de 17 de janeiro de 2003, n.5) que permitirá, caso aprovada, a obtenção, em cognição sumariíssima, de antecipação de tutela em procedimento antecedente (Art.273 A, CPC, projetado), similar as cautelares preparatórias, que poderá obter a força de coisa julgada (art. 273 C, parágrafo único, projetado). O instituto, tipicamente neoliberal, distorce a tônica socializadora de nossa “antecipação” e fere de morte o modelo constitucional brasileiro que garante, como o italiano, um contraditório dinâmico implementado em procedimentos de cognição plena. Para uma visão crítica da questão na Itália cf. (LANFRANCHI; CARRATA, 2005). Não se pode ainda esquecer que nos moldes que o instituto brasileiro está sendo delineado, a decisão alcançará a autoridade da coisa julgada material, algo negado nos institutos de direito comparado.

⁵⁶¹ As colocações aqui realizadas somente visam demonstrar as deficiências de uma suposta atividade compensadora de desigualdades pelo juiz e não a de se realizar ou acatar posições de “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) típica do movimento do “Direito e Economia” (*Law and Economics*). Tais posições pragmatistas que buscam “moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas” (POSNER, 2007, p. 35), em perspectiva “instrumental” (POSNER, 2007, p. 40-43), e que almejam a “maximização da riqueza” através de uma intervenção judicial (POSNER, 2007, p. 477), que busca máxima eficiência com o fim de reduzir os custos sociais (POSNER, 2007, p. 483), são constitucionalmente inadequadas já que sua adoção implicaria o descumprimento dos objetivos assumidos por nosso Texto maior (art. 3º, CRFB/88).

⁵⁶² TARUFFO, 2002, p. 25

⁵⁶³ DAKOLIAS, 1996, p. 10.

⁵⁶⁴ “O ensino jurídico e o treinamento são fundamentais para a reforma do judiciário, incluindo treinamento para estudantes, educação continuada para advogados, treinamento jurídico para magistrados e informações legais para a população em geral. A qualidade dos cursos de direito tem se deteriorado e, conseqüentemente, existe a necessidade de aperfeiçoar o nível educacional universitário, bem como promover treinamento continuado para profissionais. Na maioria dos países da América Latina as universidades públicas não exigem requisitos para admissão onde cada estabelecimento educacional fixa seus próprios critérios. Devido a baixos salários, os professores de direito não trabalham em dedicação integral, e conseqüentemente, tem pouco tempo para se dedicar a pesquisa. Como resultado, frequentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, p. 13).

Nesse contexto, apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira⁵⁶⁵ se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional.

E, mais, qualquer discurso garantista,⁵⁶⁶ fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional⁵⁶⁷.

Tal perspectiva de eficiência quantitativa permite a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).

O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. O conceito de racionalidade aqui presente é somente aquele instrumental, de custo-benefício.⁵⁶⁸

Perceba, no entanto, que o conceito contemporâneo de cidadania diz respeito a

[...] titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que garantem através da institucionalização de procedimentos capazes de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico – normativa e execução de programas e de políticas públicas, sem impor-se um único modelo de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a possibilidade de realização de

⁵⁶⁵ De modo exemplificativo cf. as recentes defesas funcionais da constitucionalidade do art. 285 A, CPC: CAMBI (2006) e TESHEINER *et al* (2006).

⁵⁶⁶ O termo “garantista” guarda aqui correlação com a defesa participativa ligada a uma aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais, nos moldes do marco teórico habermasiano adotado. Não existe qualquer filiação ou análise em perspectiva neopositivista ou de “positivismo crítico” com *v. g.* a de FERRAJOLI (2004, p. 270 *et seq.*).

⁵⁶⁷ Até porque, a eliminação de garantias constitucionais do processo, ao invés de celeridade, gera potencialmente mais recursos, e, logo, maior atraso na solução da lide (cf. NUNES; BAHIA, 2009). A busca da democratização processual não negligencia os problemas pragmáticos do sistema jurídico brasileiro, como a diversidade de litigiosidades e a necessidade de se criar técnicas processuais idôneas e adaptadas para esta diversidade. Sobre isso conferir: THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA (2009) e NUNES (2010).

⁵⁶⁸ cf. BAHIA, 2009 e NUNES, 2008.

um projeto cooperativo de fixação de condições de vida
recorrentemente mais justas.⁵⁶⁹

Não existe, nesses termos, a menor possibilidade de reduzir seu papel a de mero usuário de serviços.

A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando de sua aplicação, *v.g.*, “proporcionalidade”, “supremacia do interesse público”, “dignidade da pessoa humana”), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém.

O processo célere é entendido não como aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números.

Reformas que deveriam, na busca do acesso à Justiça, simplificar os procedimentos, vêm produzindo o aumento de sua complexidade, exigindo profissionais altamente “competentes”,⁵⁷⁰ contradizendo as próprias bases do movimento reformador.⁵⁷¹

Sabe-se, que a defesa do reforço do poder judicial visa permitir que os cidadãos busquem respaldo do Estado-juiz na tentativa de obter direitos não garantidos pelo restante do aparato social devido a inoperância da administração pública.

Mas como se implementar tais direitos (fundamentais) sem a utilização de um aparato processual adequado ou, mesmo, enxergando-o como um entrave à sua obtenção?

O mais preocupante é que a lógica é demasiado perversa, uma vez que induz o próprio jurisdicionado a requerer uma geração de “produtos” (decisões judiciais) em larga escala e em espaço-tempo quase inexistente, amalgamando ainda mais a concepção privatizante e pessoal do exercício da jurisdição.

O aumento da importância do Processo para o Direito Constitucional está intimamente relacionado com a mudança de paradigma quanto ao papel do Poder Judiciário: de mera *bouche de la loi*, no Estado Liberal e transição ao Estado de Bem-Estar⁵⁷², para agente “catalisador” de

⁵⁶⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 150.

⁵⁷⁰ CHAUI, 2006, p. 30.

⁵⁷¹ *V. g.* verificar tão-somente as reformas do sistema recursal e executivo e as centenas de polêmicas em sua aplicação.

⁵⁷² FIX-ZAMUDIO (1968, p. 10 *et seq.*) lembra que as Constituições pós-2ª Guerra tratam de forma pormenorizada tanto dos Direitos Sociais quanto da chamada “Justiça Constitucional”. A combinação desses dois elementos fez com que mais do que mera “racionalização do poder”, esse constitucionalismo seja caracterizado por uma forte “corriente axiológica del Estado y del Derecho, que podemos calificar como *justificación del poder*”, isto é, que os órgãos judiciais devem atuar de forma a estarem submetidos às “exigencias supremas de la justicia”. Num outro texto, FIX-

políticas públicas a partir do momento em que este entra em crise. De fato, a partir do momento em que a Administração Pública passa a redefinir suas funções, com o “encolhimento” do tamanho (e, logo, das *prestações*) do Estado – e, por outro lado, o Legislativo vem se mostrando incapaz de oferecer respostas rápidas aos *inputs*/interferências vindos da periferia⁵⁷³ –, o Judiciário despontou como a grande caixa de ressonância dos anseios por “concretização” de direitos (e cumprimento das *promessas* previstas constitucionalmente)⁵⁷⁴.

Um dos melhores exemplos desse tipo de atuação do Judiciário é a chamada “judicialização da saúde”: diante da falta de remédios e/ou tratamentos no sistema público de saúde, avolumam-se no Judiciário ações pretendendo forçar o Estado à prestação desse direito social fundamental (arts. 6º e 196 da CR/88), que, como tal, tem aplicação imediata (art. 5º, §1º CR/88), o que, não necessariamente, significa o direito a prestações públicas positivas e imediatas do Estado.⁵⁷⁵ Tais ações têm causado grande discussão no meio jurídico face, *v.g.*, aos impactos que decisões individuais dadas nessas ações podem ter sobre o orçamento público e, logo, sobre a prestação global de saúde (além de casos de abusos e corrupção); além disso, há a grande discussão sobre os limites de atuação do Judiciário como “realizador de políticas públicas”⁵⁷⁶.

Frente a isso o STF teve recentemente oportunidade de tratar da matéria em decisão monocrática às STA 178 e 244: munido de dados trazidos por Audiência Pública realizada perante o Tribunal em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes procurou estabelecer parâmetros para a questão: “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Segundo o Ministro, verifica-se que, na maior parte dos casos submetidos ao Judiciário, o SUS já possui políticas públicas referentes ao que é pleiteado, logo, a questão estaria na omissão ou má prestação de protocolos já estabelecidos (e não de interferência judicial quanto à *discricionariedade* da Administração Pública) frente a um direito líquido e certo do administrado.

Outra é a situação quando “a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS”, pois que aí o Judiciário deve avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua

ZAMUDIO (1977, p. 319 *et seq.*) referindo-se às mudanças do Poder estatal passando do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar. Este seria um *Estado da Justiça* (a referência é Perticone), “es decir, el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad formal puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 320); o que gera duas implicações: submeter os órgãos do Estado à Justiça (ou melhor, ao processo) e, por outro, é preciso “otorgar poder a la justicia, es decir, darle efectividad y hacerla accesible a los gobernados, con apoyo en uno de los derechos humanos más importantes de nuestra época, o sea el derecho a la justicia o a la jurisdicción” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 320). Tais afirmacoes devem ser relidas na atualidade com parcimonia haja vista alguns frutos nefastos do ativismo e protagonismo judicial em alguns exemplos de sua implementacao, tais como, o ativismo da magistratura alema a partir da Segunda grande Guerra ou os modelos socialistas de processo.

⁵⁷³ Cf. BAHIA, 2005a; SIMIONI, 2008.

⁵⁷⁴ Cf. GARAPÓN, 2001.

⁵⁷⁵ CANOTILHO, 2004.

⁵⁷⁶ Tal temática está intimamente ligada com a questão da litigiosidade coletiva e repetitiva (serial) que vem clamando pela construção de uma dogmática própria. Cf. CUNHA, 2010 e NUNES, 2010.

dispensação”⁵⁷⁷ (o que pode acontecer, *e.g.*, quando certo remédio pleiteado não é reconhecido pela ANVISA, quando, salvo casos excepcionais, não pode o Estado ser compelido à prestação). Assim, o “segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”.⁵⁷⁸

A decisão ultrapassa os limites impostos em manifestação anterior do STF na ADPF 45⁵⁷⁹ na qual o Ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial a análise da “reserva do possível”, do “mínimo existencial” e do “princípio da proporcionalidade”. O precedente do Ministro Gilmar começa a perceber a necessidade de se “processualizar” a saúde, uma vez que exige a discussão das nuances do caso numa estrutura processual-constitucional:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.⁵⁸⁰

A defesa de uma processualização como contraponto à judicialização conduziria à redefinição do papel do processo e dos próprios sujeitos processuais para além do dogma do protagonismo (das partes ou do juiz) inaugurando uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões⁵⁸¹.

4. Devido Processo Legal

No atual estágio de desenvolvimento do processo constitucional um dos princípios que merece destaque é o do devido processo legal (*due process of law – giusto processo*).

O devido processo legal, segundo a doutrina, tem sua origem na Magna Carta inglesa, associado ao chamado “law of the land”: “*nullus liber homo capitur vel imprisonetur (...) nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”.

Esta garantia, passada aos Estados Unidos — primeiramente constante de algumas Constituições das ex-colônias até ser consagrada na V e XIV⁵⁸² Emendas da Constituição Federal

⁵⁷⁷ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁷⁸ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁷⁹ BRASIL, STF, 2004.

⁵⁸⁰ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁸¹ Em relação à defesa da processualização, cf. NUNES, 2008, CATTONI DE OLIVEIRA, 2008, STRECK, 2009 e BAHIA, 2009.

⁵⁸² Sobre a importância que teve nos Estados Unidos as *Reconstruction Amendments* (como a citada XIV), ver BARACHO, 1999b.

—, significou um grande avanço na dogmática processual, representando não mais propriamente o *law of the land*, mas os usos e modos de procedimento estabelecidos.

Tal é a importância da garantia do *due process* nos Estados Unidos, que assim afirma Lêda Boechat Rodrigues:

Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito [de garantia processual e não material], com a única exceção do caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula do ‘due process’, da 5a. Emenda Constitucional, o significado de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios⁵⁸³.

A partir do momento em que, ao lado de se configurar em uma garantia processual, passa a ser também uma garantia material, o *due process* impõe limites ao exercício dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar e condenar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender. Doutro lado, o Legislativo (e o Executivo) não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão — nessa época circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado.

Após esse primeiro momento, vários paradigmas vão se suceder — o Estado é chamado a intervir e o elenco de direitos se amplia — contudo, a garantia do devido processo permanece em sua dupla dimensão.

Por outro lado, no período em que Earl Warren foi *Chief Justice* (1953-1969) houve um novo período de *atuação positiva* na Suprema Corte na afirmação do devido processo substantivo como resposta à luta pelos direitos civis. Foi durante a Corte de Warren que se decidiu *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) e também (sobre igualdade racial) *McLaughlin v. Florida*; *Loving v. Virginia* (1967) e *Baker v. Carr* (1961)⁵⁸⁴.

Mesmo depois de sua saída em 1969 a Suprema Corte ainda teria pelo menos uma decisão *ativista* importante: *Roe v. Wade* (1973) quando o Tribunal definiu em que períodos da gravidez o aborto seria ou não tolerado. Este precedente, no entanto, não logrou manter a estabilidade esperada. Assim é que a Suprema Corte o *relativizou* ao decidir, em *Casey v. Pennsylvania*, que os Estados poderiam legislar opondo “exceções” aos princípios enunciados em *Roe*⁵⁸⁵.

⁵⁸³ RODRIGUES, 1958, p. 92. Ver também BARACHO, 1999a, p. 97-98 e SLERCA, 2002.

⁵⁸⁴ cf. BARACHO JR., 2003, p. 325. O autor ainda cita alguns outros casos importantes do período: “Sobre os direitos dos acusados em processos criminais, a Corte decidiu, em *Mapp v. Ohio*, que as provas obtidas ilegalmente pelo Estado não podem ser usadas em julgamentos. Em *Escobedo v. Illinois* [1964] a corte assegurou aos acusados o direito de consultar um advogado. Em *Miranda v. Arizona* [1966] a corte assegurou que os suspeitos sejam avisados de seus direitos antes de serem interrogados. Em *Gideon v. Wainwright* [1963] a corte assegurou um advogado aos indigentes, quando a acusação possa acarretar-lhes a prisão” (BARACHO JR., 2003, p. 325).

⁵⁸⁵ Com isso a Corte também suplantou outro precedente sobre o tema também do ano de 1973, *Doe v. Bolton*, em que se proibira aos Estados estabelecer normas restritivas ao aborto (cf. BARACHO JR., 2003, p. 326-327 e VIEIRA, 2002, p. 85 *et seq.*).

Desde os anos 1980 a Suprema Corte sofreu uma guinada conservadora, entendendo, por exemplo, que cabe aos Estados decidir questões relativas à “moralidade”, como a pena de morte. Essa atitude conservadora tem também reforçado o federalismo em favor dos Estados.⁵⁸⁶

De fato, como mostra Michel Rosenfeld, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem vivido uma virada no asseguramento do *due process*. Segundo ele,⁵⁸⁷ no período 1998-1999, decisões extremamente divididas da Suprema Corte apontam “*un recul de la protection des droits individuels*”, isto porque, estas decisões

ébranlent un principe essentiel du droit constitutionnel américain, considéré comme sacro-saint depuis le début du dix-neuvième siècle, à savoir qu’il est dans la nature même d’un droit constitutionnel individuel d’entraîner la possibilité de recourir à la justice s’il est violé.

Parcela da doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) costumam afirmar que o devido processo legal em sua dimensão material oferta a base normativa para a aplicação do denominado princípio da proporcionalidade.

Tal princípio traria uma fórmula de controle do conteúdo das decisões (em geral), quando os princípios (vistos como bens ou valores) estivessem em conflito, buscando respeitar ao máximo o mais adequado e desrespeitando o mínimo o(s) outro(s) princípio(s) confrontante(s).

Devido à ausência de previsão expressa da proporcionalidade como princípio constitucional, o STF costuma afirmar que ele teria como uma de suas bases normativas o devido processo legal.⁵⁸⁸

Segundo os defensores da adoção do princípio da proporcionalidade,⁵⁸⁹ este seria aplicado tomando por base a adequação e exigibilidade ao caso concreto. Isso quer dizer que na análise dos princípios deveriam se tomar por base os fins pretendidos pela(s) norma(s), escolhendo o meio mais idôneo exigível, que agredisse em menor grau os bens e valores constitucionalmente protegidos que estejam em colisão. Além disso, o meio a ser empregado deve ser o mais vantajoso entre aqueles em conflito, garantindo a manutenção mínima daqueles princípios agredidos (proporcionalidade em sentido estrito).

⁵⁸⁶ BARACHO JR., 2003, p. 328-329.

⁵⁸⁷ ROSENFELD, 2000, p. 1329.

⁵⁸⁸ O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes definindo como uma das bases normativas da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no Direito brasileiro, o devido processo legal em sua dimensão material (*substantive due process of law*) como mecanismo de controle de legitimidade do conteúdo das decisões. Conferir: (BRASIL, STF, Rel. Min. Celso de Mello, RE 374.981/RS, 2005)

⁵⁸⁹ Informa-se, no entanto, que os autores da presente obra não acreditam no aludido princípio para a promoção de um controle do conteúdo das decisões, eis que existem teorias hermenêuticas que permitem a formação procedimental das decisões, que não necessitam, como na teoria da proporcionalidade, de se utilizar de uma visão dos princípios como valores ou bens ponderáveis, além de outras razões.

Porém, é de se discutir a viabilidade constitucional da aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver possíveis concorrências entre princípios eis que a aproximação dos princípios aos valores retira deles o seu caráter deontológico e acaba por chancelar concepções ativistas dos magistrados, que passam a aplicar a normatividade de acordo com seus juízos (muitas vezes pessoais e subjetivos) de preferência. A defesa do devido processo substantivo permite, nessa ordem de ideias, que ao Judiciário seja dado fazer não apenas o controle da constitucionalidade das leis, mas também o controle das *preferências* do legislador, de acordo com que o Tribunal entenda ser ou não *razoável*, a partir de princípios que ele mesmo cria sem qualquer lastro normativo.

Isso não se traduz numa crítica *tout court* na utilização do *substantive due process* para o controle conteudístico das decisões, mas, desde que se respeite o próprio conteúdo normativo do princípio e a busca de uma real correção normativa do sistema a partir dos pressupostos extraídos de uma leitura dinâmica dos direitos fundamentais, e não das preferências do aplicador; o que implica a correta compreensão dos princípios como “codificações deontológicas” e não, axiologicamente, como “comandos de otimização”⁵⁹⁰.

Habermas⁵⁹¹ procura mostrar que os princípios, como normas jurídicas, possuem um caráter obrigatório, codificado de forma binária (direito/não-direito, válido/inválido). Valores, ao invés, concorrem entre si. Ao contrário de serem “valores”, “bens” ou “interesses” (ou de se moverem sob a mesma lógica destes), os princípios, tais quais as regras, são normas, portanto, *contêm* valores e, num caso concreto, ou são aplicados *in totum* ou não (por não serem “adequados”). Os princípios não se movem por critérios de preferência (relação custo-benefício) ou de “atratividade”, mas de obrigatoriedade (normativa), logo, “não podem ser negociada a sua ‘aplicação’”⁵⁹².

Logo, a diferença dos princípios face às regras consiste em que, num caso concreto onde haja conflito entre dois princípios válidos, a não aplicação de um não implica sua “eliminação” (dois princípios contrários podem coexistir num ordenamento), ao contrário das regras, onde apenas uma

⁵⁹⁰ Habermas mostra que não se trata de um mero “jogo de palavras”, mas que, ao contrário, o que se discute aqui é o respeito às diferentes formas de vida, de forma que as decisões judiciais não podem ser “decisões axiológicas” (i.é., fundadas em valores), já que, *ao fazer prevalecer um valor em detrimento de outros, se privilegia uma forma de vida excluindo (ou ao menos subjugando) outras*. “A diferença entre o modelo de princípios e o de valores evidencia-se no fato de que é apenas em um caso único que se mantém o ponto de referência de uma reivindicação à validade “incondicionada” ou codificada de forma binária: as proposições normativas gerais empregadas (entre outras) pelo tribunal para a justificação de uma sentença (singular) valem aqui como razões cuja tarefa é autorizar-nos a considerar correta a decisão que se dê ao caso. Se por outro lado, as normas justificadoras forem entendidas como valores que se trazem *ad hoc* para dentro de uma ordem transitiva por uma eventualidade qualquer, então a sentença *resulta* de uma ponderação de bens. Logo, a sentença é *ela mesma* uma sentença de valor e reflete de maneira mais ou menos adequada uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores” (HABERMAS, 2002, p. 357).

⁵⁹¹ HABERMAS, 2002, p. 355 *et seq.*

⁵⁹² CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 90. Caso fossem movidos por critérios de preferência, a normatividade da Constituição, por exemplo, estaria à disposição da valoração dos juízes, o que implicaria uma situação de *perigo* para a mesma e para os direitos nela garantidos (cf. SAMPAIO, 2002, p. 69). Cf. também Habermas (1998, p. 328). Em sentido semelhante podemos também afirmar, a partir de categorias estabelecidas por R. Dworkin (2001, p. 101), que Alexy, a despeito de pretender diferenciar as regras e os princípios, acaba confundindo estes com as “diretrizes políticas”, isto é, *desdiferenciar* entre estas normas (que prescrevem que direitos os cidadãos possuem num determinado sistema constitucional) e as “políticas” públicas (que tratam de como promover *melhor* o bem-estar geral). Segundo ainda Dworkin (2001, p. 107), o processo legislativo se move em torno de questões de “política” (discursos de justificação). No entanto, ao ser levantada em juízo (discurso de aplicação) o é como *uma questão de princípio*, isto é, de direitos, não de “políticas”.

delas pode ser “válida”. Não é, pois, que haja um verdadeiro conflito entre direitos. O Direito é formado por normas (válidas) que formam um sistema íntegro. Qualquer “conflito” será percebido apenas na aplicação e será sempre *aparente*, pois que, através de um juízo de adequabilidade, ver-se-á que apenas um deles era adequado e não o outro.⁵⁹³

Há de se pontuar ainda, um problema recorrente da aplicação do princípio do devido processo legal no âmbito do processo jurisdicional, eis que a situação de sua ofensa é concebida pelo STF, de modo recorrente, como uma hipótese de ofensa reflexa,⁵⁹⁴ algo que impediria o correto e legítimo controle das decisões jurisdicionais. Felizmente começam a surgir precedentes que possibilitam a discussão da ofensa ao *due process* como hipótese de ofensa direta, como se pode ler abaixo:

*PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. (Destacamos)*⁵⁹⁵

Considerações Finais

⁵⁹³ cf. GÜNTHER, 1993; BAHIA, 2004.

⁵⁹⁴ “O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da “prestação jurisdicional” podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”. (BRASIL, STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002). No mesmo sentido: “[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa”. (BRASIL, STF, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005). “A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário” (BRASIL, STF, 1ªT, RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006). Sobre o tema ver BAHIA, Alexandre. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários. Cit., p. 96 *et seq.*

⁵⁹⁵ BRASIL, STF, 1ª T, RE 428.991/RS, j. 26/08/2008, p. DJe n.206, 30/10/2008.

Nesse breve ensaio, explicou-se como a origem do Processo Constitucional veio suprir a lacuna gerada pela constitucionalização do processo, o que forçou a uma releitura nem sempre bem percebida pelos juristas. De fato, a observação de Mac-Gregor é particularmente precisa quanto ao Brasil, é dizer, a despeito da antiguidade das discussões sobre o processo constitucional e das disposições constitucionais sobre a temática, doutrina e jurisprudência, em sua maior parte, parecem ainda não terem atentado para as profundas consequências do fenômeno.

Isso é particularmente preocupante em um momento, como o que se vivencia, no qual, diante da inércia do Legislativo, reivindicações políticas cada vez mais “batem às portas” do Judiciário, o que aumenta seu papel no jogo político (e, com isso, expõe-no ao debate político). Com isso, ao invés de luta pelo acesso (tal qual vinha ocorrendo nas últimas décadas), verifica-se hoje no Brasil (como de resto, na América Latina) movimento contrário de reformas tendendo à restrição, seja a Tribunais Superiores, seja mesmo às instâncias ordinárias; reformas estas motivadas, no mais das vezes, por razões de natureza econômica (nem sempre coincidentes com as garantias constitucionais do processo).

Diante dos postulados do Processo Constitucional, os Tribunais devem ter em conta, ao proferir suas decisões, a atuação de todos os princípios constitucionais e as (possíveis) implicações de suas decisões. Não que os Tribunais devam (ou mesmo possam) decidir levando em conta desdobramentos (*repercussões gerais*) que sua decisão irá produzir para além das partes, mas sim que, de alguma forma, aquela contribui para o desenvolvimento da construção hermenêutica (no sentido apontado por DWORKIN, do Direito), ou, como quer Häberle, de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Considerando-se que no Brasil, todo juiz é constitucional (e, pois, também a jurisdição como um todo), a cada nova decisão os sujeitos do processo encontram-se diante da oportunidade de também contribuir para a “realização” dos preceitos constitucionais, reconstruindo os postulados e garantias previstos na Lei Maior. O compromisso para com a Constituição é dever de todo magistrado, seja qual for o processo (ou procedimento administrativo) que tiver diante de si.

Ademais há de se perceber que princípios processuais presentes na Constituição de 1988 assumem um papel fundamental, já que, em um Estado Democrático de Direito, não são mais concebidos como mero instrumento hermenêutico de preenchimento de lacunas, mas como normas, estando na base de qualquer teoria acerca da argumentação jurídica contemporânea; de forma que os princípios constitucionais do processo não estão à disposição do intérprete (legislador, administrador, juiz ou qualquer outro cidadão que toma para si a defesa de um direito fundamental violado) como se pudessem ser ou não aplicados (ou se sua aplicação pudesse se dar em “graus”). Todos eles têm, por força da Constituição, aplicação imediata (art. 5º, §1º - CR/88) e, caso não sejam observados, tornam nulas decisões que forem tomadas.

Percebe-se, pois, que os desafios da democratização processual e do seu processo constitucional ultrapassam, em muito, o mero estudo dogmático e passam a analisar o fenômeno processual sob uma ótica macro-estrutural que transborda o trabalho dos “operadores do direito” e passa a se tornar, ao mesmo tempo, a fonte e o dilema para uma cidadania participativa.

Referências Bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: UNAM, 2000.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição, Política e Judiciário em uma sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas. *Metacrítica: Revista de Filosofia da unidade de Investigação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Lusófona*. Lisboa, a. III, n. 6, 2005a, p. 99-127.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 30, p. 10-12, jul./set. 2005b.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 363-372.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, n. 2, p. 135-144, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Nova Fase, Belo Horizonte, a. XXX, n. 23-25, p. 59-103, 1980-82.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*. n .153, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1954.

BOU I NOVENSÀ, Marc. El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional. *Documentos de Trabajo*. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, n. 4, p. 1-26, 16 de diciembre 2004. Disponível em <www.iigov.org/wp/index.drt>. Acesso em 02/02/06.

BRASIL, STF, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04

BRASIL, STF. STA 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. *Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

CADIET, Loïc. *Droit judiciaire privé*. Paris: Litec, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (Imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.htm>. Acesso em: 20 jan. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2010 (no prelo).

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e Jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 347-366.

CHAUÍ, Marilena. Intelectual engajado: uma figura em extinção? In: NOVAES, Adauto (Org.). *O silêncio dos intelectuais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV. 1997.

CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 124-164, 1997.

DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma*. DOCUMENTO TÉCNICO NÚMERO 319, Washington, Banco Mundial, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica e garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

FIX ZAMUDIO, Héctor; CARMONA, Valencia. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa-UNAM, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HENDERSON, Keith; AUTHEMAN, Violaine. Un marco modelo para el informe sobre el Estado del Poder Judicial para las Américas: lecciones aprendidas y estrategias de monitoreo y de información con miras a promover la implementación de la próxima generación de reformas. In: *TERCERA CONFERENCIA sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el CARIBE: principales tendencias de las últimas décadas y una visión de futuro*. Quito: IFES/BID, julio 2003.

KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

LANFRANCHI, Lucio; CARRATA, Antonio (Org.). *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Torino: Giappichelli, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008. t. I.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Derecho Procesal Constitucional como Fenómeno Histórico Social y como Ciencia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, a. XXV, n. 28, p. 57-85, jan./jun. 2008.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. El sistema europeo-continental de justicia constitucional: el control de constitucionalidad en la Unión Europea. *Revista Estudios Constitucionales*, a. 3, n. 2, Providencia, p. 51-83, 2005a.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Revista IUS PUBLICUM*, Santiago, v. 9, n. 15, p. 103-118, 2005b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.

- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 115-130, março de 2009.
- NUNES, Dierle. Novos rumos para as tutelas diferenciadas no Brasil? In: THEODORO JUNIOR, Humberto (org). *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro, GZ editora, 2010. (no prelo).
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2007.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, 1958.
- ROSENFELD, Michel. Les Décisions Constitutionnelles de la Cour Suprême Américaine pour la Session 1998-1999: redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5, p. 1329-1342, sept./oct. 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a j. j. gomes canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 9-49.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, a. 27, v. 27, p. 119-129, jul./dez. 2008.
- SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008.
- SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa *et al.* *Nova sistemática processual civil*. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 177 novembro 2009.

VÉSCOVI, Enrique. *Bases para un Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de las leys)*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, a. VIII, vol. 24, p. 1129-1151, sept./dic. 1975.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PROCESSO PENAL E ATIVISMO JUDICIAL:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

DIOGO TEBET

Mestre em Ciências Penais -Universidade Cândido Mendes/RJ.Coordenador adjunto da 6ª região doIBCCrim. Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Advogado criminal.

RESUMO: Busca o presente texto analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na seara processual penal no sentido da limitação do poder punitivo estatal, observando-se o princípio republicano constitucional da dignidade humana. Argumenta-se que tal postura, classificada como ativismo judicial, é perfeitamente legítima e consentânea com sua missão no Estado Democrático de Direito, utilizando-se breve comparação com o modelo norte-americano. Por outro lado, sugere-se que as críticas à restrição de uma postura proativa em sede processual penal deva se dirigir aos poderes ativos do juiz em sede de persecução criminal.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo; judicial; constitucional; processo; penal.

Encontra-se na pauta do dia a discussão acerca do chamado ativismo judicial operado por integrantes do Poder Judiciário, notadamente o desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. A reflexão sobre tal “*fenômeno*” ultrapassa algumas vezes o âmbito técnico-jurídico estando presente em alguns momentos nos meios de divulgação da mídia falada e escrita.⁵⁹⁶

Muitas críticas são feitas em relação a essa função ativa. Argumenta-se que haveria uma extrapolação da função institucional e constitucional do órgão de cúpula do ordenamento jurídico nacional, seja pela ausência de legitimidade democrática para exercício de algumas funções, seja pelo desvirtuamento de sua competência de tribunal constitucional. Tal insurgência parte freqüentemente do setor mais “*conservador*” da sociedade brasileira justamente contra decisões em questões da seara penal e processual penal que, geralmente, pendam para a limitação e contenção do poder punitivo estatal.

⁵⁹⁶ Por todos: BRASIL, *O papel do Supremo*. Coluna de Merval Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4.

De qualquer forma, há de se registrar que o fenômeno do denominado “*ativismo judicial*” não é de exclusividade do nosso Poder Judiciário. Como refere Luís Roberto Barroso, em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade,⁵⁹⁷ motivos esses que despertam a atenção dos interesses dos mais variados setores (uma vez mais, os conservadores) da sociedade.

Destaca-se como um dos maiores exemplos dessa postura ativa a atuação da Suprema Corte norte-americana a partir da década de 50, sob a presidência do *Chief Justice Earl Warren*, a *Warren’s Court*,⁵⁹⁸ na qual houve a produção de notável jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, por exemplo, direitos dos acusados e investigados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966, mais conhecido como *Miranda rules*), e liberdade de escolha acerca da interrupção de gravidez, descriminalizando o aborto (*Roe v. Wade*, 1973, iniciando-se a política *pro choice*).⁵⁹⁹

Há de se registrar porém que atualmente a *ratio essendi* das decisões da Suprema Corte norte-americana acerca da imposição de limitações ao poder punitivo tem como objetivo precípua a preservação ética do Estado e a evitação de descrédito das instituições,⁶⁰⁰ ao invés da dignidade humana ou proteção do indivíduo.

Voltando ao caso brasileiro, tal avanço das funções e “*competências*” da jurisdição constitucional pode ser atribuído talvez como característica de um estágio neoconstitucionalista para o qual se encaminha o direito nacional,⁶⁰¹ cujo traço característico é o seu foco no Poder Judiciário como o grande protagonista. De poder quase “*nulo*”, mera “*boca-da-lei*”, o juiz se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Essa redefinição de postura se deveu à nova engenharia constitucional positivada nas mais variadas constituições contemporâneas, com destaque para as da Europa continental do pós-guerra. Daniel Sarmento destaca que inicialmente a percepção de que as majorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as

⁵⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: Revista Atualidade Jurídicas: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB. n° 4. jan/fev 2009. Disponível em : www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 21.05.2009

⁵⁹⁸ De acordo com Jerold Israel e Wayne LaFave, durante a presidência de Earl Warren na Suprema Corte norte-americana, operou-se a “*criminal procedure revolution*” pelo fato de a corte ter completamente reformulado a base constitucional do processo penal estadunidense, criando “*constitutional standards*” que vincularam toda a Administração Pública daquele país. ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6th edition. St. Paul, Minnesota (EUA): West Group. 2001. p.1/9.

⁵⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização...*

⁶⁰⁰ ZILLI, Marcos. *We the people...* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT. jul-ago de 2009. ano 17. p. 205.

⁶⁰¹ Sobre tal temática, ver SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009. O autor porém deixa claro que não há ainda uma definição clara de que o ordenamento jurídico nacional tenha incorporado o neoconstitucionalismo, mas registrando que há inegável emergência de uma nova forma de conceber o direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 32.

novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.⁶⁰² No mesmo sentido, Leonardo Greco afirma que “*essa reconstrução impôs que o novo Estado de Direito deixasse de assentar na sistemática supremacia do interesse público sobre os interesses individuais, mas se baseasse no absoluto primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais*”.⁶⁰³

Essa preocupação não passou despercebida pelo legislador constituinte brasileiro de 1988 ainda que tardiamente, por questões óbvias.

A Carta Magna de 1988 representou a passagem do Estado de Polícia (fruto de um regime autoritário) a um efetivo Estado Democrático de Direito. Após a violência institucionalizada do regime ditatorial das últimas décadas, principalmente nas décadas de 60 e 70, a República brasileira optou por uma (quase)⁶⁰⁴ completa renovação de seus valores. E a opção da Constituinte ficou mais que clara quando logo em seu título inaugural, artigo 1º, inscreveu os valores que iriam se transformar em seus fundamentos: (I) *a soberania*; (II) *a cidadania*; (III) *a dignidade da pessoa humana*; (IV) *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e (V) *o pluralismo político*.

E com o estabelecimento no título seguinte “*Dos direitos e garantias fundamentais*” (Título II) foi dado “*um brado de guerra dos valores que edificam o gênero humano na quadra histórica em que nos encontramos*”,⁶⁰⁵ restando evidente pela posição topográfica escolhida para a alocação desses direitos,⁶⁰⁶ e pela extensão dos incisos (principalmente os do artigo 5º), que a Constituição realmente merecia a alcunha de “*Cidadã*”.

Como bem ressalta Ingo Sarlet, “*o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos*”.⁶⁰⁷

E é por esse desiderato de salvaguarda desses valores positivados no texto constitucional que a atuação do Supremo Tribunal Federal vem a ser (injustamente) taxada de ativismo. Assegura o Pretório Excelso justamente a observância dos postulados constitucionais.

⁶⁰² SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 14.

⁶⁰³ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In: Revista de Processo. ano 33. nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. out/2008. p.42.

⁶⁰⁴ Afirmamos “quase” pois algumas conquistas do bloco conservador na Assembléia Constituinte constaram no texto constitucional, como por exemplo, na questão agrária. Nesse sentido ver: PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC-Rio. 2008. p.105.

⁶⁰⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. in: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. nº 33. jul/dez. 2008. p. 207.

⁶⁰⁶ As constituições republicanas anteriores relegavam o rol dos direitos e garantias para depois da divisão e da organização federal e descrição de atribuições dos entes públicos: “Declaração de Direitos” na Constituição de 1891 (arts. 72 e ss.) e os “Direitos e Garantias” nas demais: Constituição de 1934 (arts. 113 e ss); Constituição de 1937 (arts. 122 e ss); Constituição de 1946 (arts. 141 e ss); Constituição de 1967 (arts. 150 e ss); Emenda nº 1/69 (arts. 153 e ss.).

⁶⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 65.

Os críticos desse “*ativismo judicial*” não se dão conta de que não há mais espaço para interpretações puramente positivistas, descoladas dos mandamentos constitucionais, especialmente no âmbito das ciências penais, notadamente as de cunho processual penal. Afinal, “*os fundamentos do Direito Processual Penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais é conformada juridico-constitucionalmente*”.⁶⁰⁸

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal em suas recentes decisões e atuações em questões processuais penais, vem desempenhando sua função de guardião da Constituição de forma compromissada com os postulados do Estado Democrático de Direito e com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurando dessa forma o respeito ao princípio republicano da dignidade humana, tendo em vista o mesmo desempenhar função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo, sendo que a “*aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização da barbárie*”.⁶⁰⁹

A atuação da Suprema Corte brasileira não inova ou extrapola; apenas aplica ao caso concreto os princípios constitucionais que são ou desprezados pelos outros atores políticos (seja pela falta de regulamentação), ou pela erronia de sua interpretação (invariavelmente feita pelas instâncias judiciais ordinárias em sede processual penal no sentido da “*busca pela verdade real*”, ou em “*defesa da sociedade*” em detrimento do princípio da dignidade humana).⁶¹⁰

De acordo com Canotilho, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes ao princípio do Estado de Direito em: (i) *juridicidade* (conformação, pela constituição, das estruturas do poder político e organização da sociedade); (ii) *constitucionalidade* (existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos) e (iii) *direitos fundamentais* (entendidos como a consagração da raiz antropológica, recondução do homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado).⁶¹¹

E justamente nesse trinômio é que se legitima a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

É inegável que tal atuação acaba por adquirir um caráter político, contudo, cabe lembrar que o Direito processual penal está imerso nas relações políticas de uma sociedade.⁶¹² Na realidade, esse

⁶⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004). p. 74.

⁶⁰⁹ MENDES, Gilmar. *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional...* p. 375.

⁶¹⁰ Jacinto Coutinho afirma ser o processo penal de “*defesa social*” típico dos regimes autoritários. COUTINHO, Jacinto. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 260.

⁶¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (2ª reimpressão) Almedina:Coimbra (PT). 2000. p. 243/249.

⁶¹² BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.p. 26.

atuar emerge pelo simples motivo de que os demais entes político-institucionais (incluindo os juízes de primeira instância, os tribunais locais e regionais e agentes da Administração Pública direta e indireta) aparentam relegar os princípios constitucionais a um segundo plano, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Tal postura rememora muitas vezes um estágio positivista violador contumaz do princípio da supremacia da Constituição, clamando reiteradas vezes a atuação do Supremo Tribunal Federal, seja na reforma/cassação de decisões judiciais contrárias a Constituição e aos seus princípios, direitos e garantias fundamentais, principalmente em sede de *habeas corpus*, seja pela declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou após a Emenda Constitucional nº 45/2004, pela edição de enunciados de súmula vinculante.

Essa atuação corretiva do STF ou, em outras palavras, essa adequação (e conformação) da prática judicial e legislativa brasileira aos ditames e valores constitucionais acaba por atribuir, inegavelmente, uma função destacada da corte suprema brasileira. E é em relação a esse destaque que se lançam injustas críticas de que estaríamos diante de um “*ativismo judicial*”, de uma hipertrofia do papel da suprema corte nacional, de um Estado de Juízes. Como afirma Barroso, tal atuação revela o caráter contramajoritário da corte constitucional, que embora seus membros não tenham sido eleitos, têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.⁶¹³ De uma forma mais explícita, comungando deste entendimento, Alexandre Morais da Rosa enuncia:

Os vínculos no “Estado Democrático de Direito”, de viés garantista, são de tal formasubstanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os Direitos Fundamentais. Assim é que, com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserido no Estado Democrático do Direito a esfera do “decidível” e do “não-decidível”, por maioria ou mesmo unanimidade. Estabelece-se, assim, “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e o “o que se não” deve decidir. Consequência dessa supremacia Constitucional, já que os Direitos Fundamentais encontram-se (em regra) nela estipulados, é que se devem efetuar “juízos de validade” em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível.⁶¹⁴

No momento em que o Parlamento brasileiro atravessa um momento delicado de significativa ineficiência e corporativismo, isso sem mencionar a promulgação de leis criminais com alto grau de punitivismo (muitas das vezes tocadas pelo vício da inconstitucionalidade) como produtos da política de *Law and Order*,⁶¹⁵ pautada pela agenda político eleitoral (fatores que evidentemente

⁶¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 385.

⁶¹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a “Law & Economics”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.16.

⁶¹⁵ Segundo Dornelles, as campanhas de “lei e ordem” sustentam uma repressão crescente como a “solução para o problema da delinquência”, baseadas em uma política penal de emergência ou “tolerância zero”, caracterizadas por mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura social para exercer uma “higiene social” através de medidas de vigilância, controle, repressão direta e segregação, baseada em grande medida

comprometem a legitimidade e eficiência desse Poder), clama-se em muitas ocasiões a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Ferrajoli faz magistral análise:

O Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um *contrapoder*, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo [e Legislativo] o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo” (...). Nesse sentido, a função judiciária é uma “garantia” de todos os cidadãos *contra* o mesmo governo representativo.⁶¹⁶

Nesse aspecto, podem ser citados alguns exemplos da atuação garantista do Pretório Excelso em suas decisões em sede penal e processual, que observaram o princípio da dignidade humana e frearam o abuso de poder dos entes públicos, denotando, segundo os críticos, uma postura ativa.

Registre-se em primeiro lugar, a edição dos Enunciados nº 11 e nº 14 da Súmula Vinculante,⁶¹⁷ que tratam da disciplina e limitação do uso de algemas e do acesso ao procedimento investigatório pelo defensor, respectivamente. A aprovação de tais verbetes refletem o “*papel emergente da Suprema Corte como último estágio da garantia das liberdades fundamentais*”.⁶¹⁸ No que tange à aprovação do verbete que disciplina o uso de algemas, a preocupação com o princípio da dignidade humana ficou patente diante da análise dos debates acerca da aprovação do texto da

pelo ideário norte-americano de segurança e combate ao crime. DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 38.

⁶¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 534/535. Grifo e interpolação nossa.

⁶¹⁷ Súmula vinculante nº 11, STF: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado*”; Súmula vinculante nº 14, STF: “*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*”.

⁶¹⁸ Voto do Min. Menezes Direito, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009.

mesmo.⁶¹⁹Especificamente ao enunciado nº 14, o Ministro Celso de Mello, em seu voto pela aprovação do texto, evidencia a preocupação na limitação do poder do Estado a fim de coibir potenciais abusos a serem cometidos na esfera penal:

(...) o Estado não pode ignorar nem transgredir o regime de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer pessoa sob investigação criminal ou processo penal. Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, às autoridades públicas, neste País, notadamente àquelas que intervêm no procedimento de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sobre o poder do Estado. (...) O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal (...)”⁶²⁰

Na mesma toada foi o reconhecimento da derrogação parcial do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, mais precisamente da prisão civil por dívida do depositário infiel.⁶²¹ Na apreciação dessa matéria, o Supremo Tribunal Federal reconhece a força cogente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento normativo brasileiro, pela adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. Aduziu a Corte Suprema nacional naquela oportunidade que cabia a ela extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, “*em ordem de tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs*”,⁶²² complementando de forma categórica:

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o

⁶¹⁹ “Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, **esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana**. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto. Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. (...)”. Intervenção do Min. Gilmar Mendes. Debates que integram a ata da 20ª (vigésima) sessão ordinária do Plenário do Supremo Tribunal Federal, realizada em 13 de agosto de 2008. Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11. STF Dje 214/2008.

⁶²⁰ Voto do Min. Celso de Mello, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009

⁶²¹ Por todos: STF, HC nº 87.585/TO, DJU 25.06.2009 e RE nº 349.703/RS, DJU 05.06.2009.

⁶²² Voto Min. Celso de Mello, STF, HC nº 87.585/TO, DJU 25.06.2009.

instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como umas das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. (...) O respeito e a observância as liberdades públicas impõe-se aos Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶²³

No mesmo contexto de limitar o poder punitivo estatal, vale registrar a aplicação do princípio da insignificância aos agentes de delitos contra o patrimônio. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido que tal princípio de política criminal qualifica-se como “*fator de descaracterização material da tipicidade penal*”.⁶²⁴ Ressaltando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, o STF estabeleceu vetores, ou seja, verdadeiros *standards* determinantes da aplicação do princípio da insignificância: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.⁶²⁵ O cerne de tal construção é, uma vez mais, o cidadão alvo da persecução criminal:

(...) O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias a própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano – efetivo ou potencial – causado por comportamento impregnado de significativa lesividade.⁶²⁶

Outro exemplo de atuação proativa do STF em prol das garantias constitucionais do cidadão é a disciplina dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) através de sua jurisprudência.⁶²⁷ Além de estabelecer vetores e limites de atuação, os arestos pretorianos evidenciam novamente a preocupação com o poder (investigativo) parlamentar que, sem controle, coloca em perigo a dignidade humana do cidadão alvo da investigação. Especificamente sobre esse tema, ressalta-se a maciça jurisprudência da Corte suprema acerca do reconhecimento do direito ao silêncio de investigados (ou testemunhas) em depoimentos em Comissões Parlamentares de

⁶²³ Idem, *ibidem*.

⁶²⁴ Por todos: STF, HC 98152/MG, DJU 05.06.2009.

⁶²⁵ Idem, *ibidem*.

⁶²⁶ STF, HC 98152/MG, DJU 05.06.2009.

⁶²⁷ Sobre a temática, simbólica foi a publicação da obra *O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 2006. 927p, que nada mais é do que a sistematização das decisões do STF sobre o tema. Nas palavras do Senador Renan Calheiros, Presidente do Senado naquela época, “a compilação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)” irá “nortear os trabalhos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário”. *ob. cit.* p. 13.

Inquérito:628

(...) assiste, a qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo). 629

No mesmo sentido de coibir a atuação persecutória estatal em sede penal é a jurisprudência do Pretório Excelso quanto ao estabelecimento do encerramento da esfera administrativa tributária como condição de justa causa para persecução penal (lançamento definitivo como elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade) dos crimes contra a ordem tributária.⁶³⁰

E por fim, nessa enumeração exemplificativa, pode-se citar a discussão da interrupção de gestação de fetos anencefálicos como situação atípica em relação ao delito de aborto. ⁶³¹ Na arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não-incidência naquela situação de inviabilidade fetal. Segundo Barroso, a grande questão teórica em discussão era a de saber se, “*ao declarar a não-incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não-punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador*”.⁶³² O Supremo Tribunal Federal conheceu a ação, determinando a suspensão de todos os processo criminais relativos a interrupção de gravidez no caso de anencefalia:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada

⁶²⁸ Por todos: STF, HC 83.622-MC, DJU 21.10.2003.

⁶²⁹ Idem, *ibidem*.

⁶³⁰ Por todos: STF, HC 81.611/DF, 13.05.2005.

⁶³¹ ADPF nº 54, ainda pendente de julgamento de mérito.

⁶³² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: QUARESMA, Regina et. alli(coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 83/84.

seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. (...).⁶³³

Em verdade, a atividade criadora do Supremo Tribunal Federal, em matéria de garantias constitucionais ligadas ao sistema punitivo, encontra-se contida em seu dever de delimitar o círculo de atuação das instituições estatais, definindo a exata conformação do âmbito de proteção dos direitos individuais, tarefa que incumbe não só ao legislador, mas também aos demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos que cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.⁶³⁴ Como bem coloca Binder, se faz necessária a recuperação da “*visão política*” sempre que se tratar de garantias e salvaguardas previstas diante do exercício do poder estatal de coerção penal, sendo o conjunto dessas garantias o fator decisivo para a “*forma constitucional do processo penal*”.⁶³⁵

A procedência dessa assertiva se verifica pela recente celebração do “*II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*”, que contou com assinatura dos representantes máximos dos 3 (três) Poderes: os Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal.⁶³⁶

Vale lembrar que esse documento foi subdividido, de acordo com divulgação feita pelo Ministério da Justiça, em três pontos prioritários: proteção dos direitos humanos e fundamentais; agilidade e efetividade da prestação jurisdicional e acesso universal à Justiça. Dos 12 (doze) subitens apresentados como desdobramento do ponto “*proteção dos direitos fundamentais*”, 9 (nove) dizem respeito diretamente à alterações e reformulações de garantias processuais penais (dentre os quais podem ser citados a atualização da Lei no 9.296, de 1996, estabelecendo novas condições para o procedimento de interceptação telefônica, informática e telemática, objetivando evitar violação aos direitos fundamentais; revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a

⁶³³ STF, ADPF 54, DJU 31.08.07.

⁶³⁴ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 196.

⁶³⁵ BINDER, Alberto M. op. cit. p. 38.

⁶³⁶ Tal pacto foi assinado em 13.04.2009. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em 13.04.2009.

fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais; atualização da disciplina legal das Comissões Parlamentares de Inquérito; disciplina do uso de algemas, de forma a atender ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana).

Tal documento revela a distância entre princípios constitucionais (desdobrados nos direitos e garantias fundamentais do cidadão) e a efetiva prática infraconstitucional penal, buscando coadunar as condutas institucionais dos entes da Administração Pública aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo sempre como norte a Constituição Federal e a dignidade humana.

Comungando desse entendimento, Thiago Bottino revela que é com essa atuação do Supremo Tribunal Federal que se irá construir uma democracia constitucional, entendida como aquela que não se estrutura sobre elementos formais ou procedimentais, mas que traz em si mesma elementos contudísticos essenciais à manutenção do Estado democrático de direito.⁶³⁷

Em verdade, as críticas a um “*ativismo judicial*” deveriam ser direcionadas para uma outra postura ativa judicial que, inobstante não ser doutrinariamente classificada como “*ativismo*”, evidentemente extrapola as funções institucionais do julgador, afetando sua imparcialidade e sendo potencialmente danosa à dignidade humana e desequilibradora de um processo penal justo: os poderes ativos do juiz em sede de persecução criminal.⁶³⁸ A mera previsão legal desses poderes revela direta violação ao princípio acusatório e da inércia da jurisdição penal,⁶³⁹ dispositivos típicos de um sistema inquisitório, de um processo penal de emergência,⁶⁴⁰ colocados muitas das vezes à disposição de uma política criminal baseada na ideologia *Law and Order* de combate à criminalidade.

Desta forma, no que tange à discussão do ativismo judicial em matéria penal, a grande questão que se apresenta ao intérprete ou ao “operador do Direito” é o ponto de vista político a ser adotado, de forma simples e sem rodeios: ou se objetiva a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou o combate à criminalidade como “defesa da sociedade”; pensa-se no homem ou no Estado;⁶⁴¹ na efetividade constitucional (centrada na dignidade humana) ou no

⁶³⁷ BOTTINO, Thiago. op. cit. p. 196.

⁶³⁸ De acordo com Jacinto Coutinho, “*centrado na gestão da prova, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “*Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*”. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM): São Paulo, ano 17, n. 200, p. 23-24, julho 2009.

⁶³⁹ Podem ser citados como exemplo desse “*ativismo*” *in malam partem*, por assim dizer, a iniciativa probatória do juiz (cf. art. 156, II do CPP), instauração de inquérito policial por iniciativa do juiz (art. 5º, II do CPP), ordenação de medidas assecuratória *ex officio* (art. 127 do CPP), arrolamento de testemunhas do juízo (art. 209, CPP), decretação de prisão preventiva *ex officio* (art. 311, CPP), *emendatio libelli* (art. 383, CPP), dentre outros. Para estudo mais aprofundado da questão, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 185.

⁶⁴⁰ Sobre o tema ver CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

⁶⁴¹ Como bem observado por Greco, “o homem não existe para servir o Estado. É o Estado que só existe para servir o homem, de cuja a tutela decorre a própria legitimidade do poder do Estado”. GRECO, Leonardo. *Publicismo* p. 42.

eficientismo penal.

A escolha política do constituinte de 1988 já foi feita, solucionando a problemática colocada por Bobbio, de que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*”.⁶⁴²

Inserindo-se nessa reflexão, deve-se analisar o exemplo norte-americano. Mas não na importação de institutos e políticas hipercriminalizadoras – recaindo no que Barbosa Moreira identificou como “*deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros*”⁶⁴³ –, mas sim no que efetivamente funcionou no arcabouço jurídico constitucional dos Estados Unidos; o que fez essa nação ser lembrada justamente pelo respeito à ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Em outras palavras, em matéria de ciências penais, urge a *criminal procedure revolution* brasileira, espelhando-se mais no exemplo da *Warren's Court* e menos no da *Law and Order*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direitos processuais*. (oitava série). São Paulo: Saraiva. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: Revista Atualidade Jurídicas: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB. n° 4. jan/fev 2009. Disponível em : www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 21.05.2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: QUARESMA, Regina *et. alli*(coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

⁶⁴² BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 23.

⁶⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direitos processuais*. (8ª série). São Paulo: Saraiva. 2004. p. 7.

BRASIL, *O papel do Supremo*. Coluna de Merval Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (2ª reimpressão) Almedina:Coimbra (PT). 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. in: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. nº 33. jul/dez. 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “*Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*”. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM): São Paulo, ano 17, n. 200, p. 23-24, julho 2009.

_____. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004).

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In: Revista de Processo. ano 33. nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out/2008.

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6th edition. St. Paul, Minnesota (EUA): West Group. 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MENDES, Gilmar. *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a “Law & Economics”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC-Rio. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 2006.

ZILLI, Marcos. *We the people...* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT. jul-ago de 2009. ano 17.

O PAPEL DO PROCON NA DEFESA QUALIFICADA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES: O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO⁶⁴⁴

IGOR RODRIGUES BRITTO

Professor de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito do Consumidor e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor-colaborador da Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Contato: internacional@fdv.br

RICARDO GORETTI SANTOS

Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), instituição na qual ministra as disciplinas Conflitos e Suas Soluções e Métodos de Resolução de Controvérsias. Especialista e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela FDV. Pós-Graduado em Resolução Alternativa de Disputas (Mediação) pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina. Contato: ricardogoretti@fdv.br

RESUMO

Evidencia que a sociedade consumidora tem presenciado o surgimento de novas configurações de relações jurídicas, fato que torna imperioso o repensar dos modelos tradicionais, hoje obsoletos, de tutela de direitos de consumidores. Denuncia a deficitária atuação positiva do Estado na proteção e efetivação dos direitos de consumidores, o que faz surgir um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX: o “obstáculo organizacional”. Tece apontamentos sobre a mais destacada política de acesso à justiça já desenvolvida até o presente momento: o movimento universal de acesso à justiça, ensaiado por Mauro Cappelletti. Após ressaltar o compromisso do chamado “Projeto Florentino” com a identificação das causas e efeitos produzidos pelos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais ao exercício do

⁶⁴⁴ Artigo produzido como resultado de pesquisa desenvolvida no Núcleo Temático Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos, do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Apresentado no Grupo de Trabalho “Modernização da Administração Pública” do XVIII Encontro Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 2, 3 e 4 de julho de 2009, na cidade de Maringá – PR. Situação: aguardando publicação – ISBN: 978-85-7840-023-1.

direito fundamental de acesso à justiça, busca, no contexto da segunda onda do movimento (dedicada aos obstáculos de ordem organizacionais), justificativas para a importância: do advento do Código de Defesa do Consumidor; do postulado constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); e, finalmente, do papel dos PROCONS. Destaca que, em meio à “crise da administração da justiça”, estes órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, são instituídos no Brasil com a missão de amenizar os efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores. Confere destaque ao fato de que a popularização dos PROCONS como instância de solução de conflitos individuais, muito se deve aos resultados expressivos (ao menos quantitativamente) atingidos por meio das chamadas “audiências de conciliação”. Na seqüência, sem deixar de enfatizar os festejados índices de acordos firmados pelos agentes desses órgãos, aponta irregularidades técnicas e funcionais no exercício de uma função que não lhes compete: a de conciliadores. Assim, ao passo que investiga a conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação por esse agentes, enfrenta a problemática central do presente ensaio, comprometido com a busca de respostas aos seguintes questionamentos: a) pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo?; e b) é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu *mister*? Após explorar preceitos teóricos e práticos relativos aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil, partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes, promover, a proteção e defesa dos direitos dos consumidores (com absoluta parcialidade e prioridade, nos termos da Constituição), defende a tese de que seus agentes, que atuam como conciliadores por força de legislações infra-constitucionais, deveriam desempenhar um comportamento mais ativo na negociação dos interesses daqueles que efetivamente representam, ou seja: o *ofício negociador*. Finalmente, defende que, uma vez incentivados e preparados para atuarem na negociação assistida dos interesses da categoria que representam, os servidores dos PROCONS melhor (qualitativamente) desempenhariam as suas funções enquanto agentes facilitadores do acesso à justiça, sem prejuízo da prática de ações administrativas de prevenção de outros conflitos ampliados ou difusos de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa do consumidor. Papel do PROCON. Acesso à justiça. Solução alternativa de conflitos de consumo. Conciliação. Negociação.

RESUMEN

Evidencia que la sociedad consumidora ha presenciado el surgimiento de nuevas configuraciones de relaciones jurídicas, hecho que torna imperioso el repensar de los modelos tradicionales, hoy obsoletos, de tutela de derechos de consumidores. Denuncia la deficitaria actuación positiva del Estado en la protección y efectivo de los derechos de los consumidores, lo que hace surgir uno de los principales obstáculos al efectivo del derecho fundamental de acceso a la justicia al final del siglo XX: el “obstáculo organizacional”. Teje apuntes sobre la más destacada política de acceso a la justicia ya desarrollada hasta el presente momento: el movimiento universal de acceso a

la justicia, ensayado por Mauro Cappelletti. Después de resaltar el compromiso del llamado “Proyecto Florentino” con la identificación de las causas y efectos producidos por los obstáculos económicos, organizacionales e procesales al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia, busca, en el contexto de la segunda ola del movimiento (dedicada a los obstáculos de orden organizacionales), justificativas para la importancia: del advenimiento del Código de Defensa del Consumidor; del postulado constitucional de la defensa del consumidor (art. 5º, XXXII); y, finalmente, del papel de los PROCONS. Destaca que, en medio a la “crisis de la administración de la justicia”, estos órganos de la administración directa de los Poderes Ejecutivos Estaduales y Municipales, son instituidos en Brasil con la misión de amenizar los efectos producidos por la ineficacia del Estado en la tutela de los derechos de los consumidores. Confiere destaque al hecho de que la popularización de los PROCONS como instancia de solución de conflictos individuales, mucho si debe a los resultados expresivos (al menos cuantitativamente) atingidos por medio de las llamadas “audiencias de conciliación”. En la secuencia, sin dejar de enfatizar los festejados índices de acuerdos firmados por los agentes de estos órganos, apunta irregularidades técnicas y funcionales en el ejercicio de una función que no les compite: la de conciliadores. Así, al paso que investiga la conveniencia y adecuación del empleo de técnicas de conciliación por esos agentes, enfrenta la problemática central del presente ensayo, comprometido con la búsqueda de respuestas a las siguientes cuestiones: a) ¿si puede decirse correcta la utilización de la conciliación en la pacificación de conflictos de consumo?; e b) ¿es correcto hablar en la capacitación de agentes de los PROCONS para el empleo de técnicas de conciliación, o hay otras técnicas más indicadas el ejercicio de su *mister*? Después de explorar preceptos teóricos y prácticos relativos a los métodos alternativos de remoción de conflictos en Brasil, empezando desde presupuesto de que es deber de los PROCONS y sus agentes, promover la protección y defensa de los derechos de los consumidores (con absoluta parcialidad y prioridad, en los términos de la Constitución), defiende la tesis de que sus agentes, que actúan como conciliadores por fuerza de legislaciones infra-constitucionales deberían jugar un comportamiento más activo en la negociación de los intereses de aquellos que efectivamente representan, o sea: el *oficio negociador*. Finalmente, defiende que, una vez incentivados y preparados para actuar en la negociación asistida de los intereses de la categoría que representan, los servidores de los PROCONS mejor (cualitativamente) desarrollarían sus funciones mientras agentes facilitadores del acceso a la justicia, sin lesión de la práctica de acciones administrativas de prevención de otros conflictos ampliados o difusos de consumo.

PALABRAS-LLAVE: Defensa del consumidor. Papel del PROCON. Acceso a la justicia. Solución alternativa de conflictos de consumo. Conciliación. Negociación.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade consumidora tem presenciado o surgimento de novas configurações de relações jurídicas, fato que torna imperioso o repensar dos modelos tradicionais, hoje obsoletos, de tutela de direitos de consumo.

A partir do desenvolvimento de sistemas de fabricação uniforme e de distribuição de bens idênticos, os indivíduos que perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos, se enfraquecem ao passo que se fortalecem os produtores e fornecedores de bens e serviços. O atual contexto sócio-econômico no qual se inserem as relações contratuais modernas, praticamente nega ao consumidor contratante a oportunidade real de escolha e formação de sua vontade, o que lhe retira as possibilidades de negociar. Assim se retrata a dependência, a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor. Uma debilidade dúplice, que se manifesta nas relações de consumo, assim como no cenário de administração estatal do conflito já instaurado.

Muito se critica o fato de que os processos de justificação e conquista de novos direitos difusos (dentre os quais os de consumidores), não foram acompanhados pela atuação positiva do Estado na proteção e efetivação desses direitos. O centralismo jurídico estatal, arquitetado para administrar conflitos individuais de consumo, que torna deficitária a tutela de direitos difusos e coletivos, é apontado como um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX, qual seja: o “obstáculo organizacional”.⁶⁴⁵

Considerações sobre esse obstáculo, tido um dos pilares de sustentação da “crise da administração da justiça”⁶⁴⁶ em diversos países, serão desenvolvidas para justificar o contexto em que os PROCONS são instituídos no Brasil, como a incumbência a amenização dos efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores

Nessa etapa, pertinente se fará o desenvolvimento de apontamentos sobre a principal política de acesso à justiça já desenvolvida até o presente momento em termos globais: o movimento universal de acesso à justiça, iniciado em 1965, a partir de uma pesquisa interdisciplinar realizada na cidade italiana de Florença, sob a presidência de Mauro Cappelletti. Dentre os propósitos do “Projeto Florentino”, engajado na identificação das principais causas dos obstáculos ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça (o econômico, o organizacional e o processual), destaca-se o compromisso com a proposição de ações de combate aos efeitos pelos mesmos produzidos, que ficaram conhecidas como ondas do movimento de acesso à justiça.

Na seqüência, demonstraremos que é no contexto da segunda onda do movimento universal de acesso à justiça (dedicada aos obstáculos de ordem organizacionais), que se justifica a importância do advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o tratamento constitucional proporcionado ao consumidor no inciso XXXII do artigo 5º, e, finalmente, o papel dos PROCONS: órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, dedicados ao desenvolvimento de atividades de fiscalização e proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores.

Conferiremos destaque à crescente importância dos PROCONS, que se consolidam, por meio de suas “audiências de conciliação”, como instância de solução de conflitos individuais de

⁶⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

⁶⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10.ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

consumo, de maneira alternativa aos tradicionais processos judiciais. Na seqüência, sem deixar de frisar aos festejados índices de acordos firmados junto a esses órgãos, apontaremos irregularidades técnicas e funcionais no exercício de uma função que não lhe compete, qual seja: conciliar consumidores e fornecedores (ou produtores) em situação de conflito.

Tais críticas resultam da investigação da conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação por agentes desses órgãos de proteção e defesa dos interesses dos consumidores. Dessa investigação se origina a problemática central do presente ensaio, comprometido com a busca de respostas aos seguintes questionamentos: a) pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo?; e b) é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu *mister*?

Finalmente, após desenvolver algumas considerações teóricas e práticas sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, em franco desenvolvimento e consolidação no Brasil, partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes promover a proteção e defesa dos direitos dos consumidores, com absoluta parcialidade (atributo que não se exige de um conciliador imparcial), defenderemos a tese de que a atuação dos agentes dos PROCONS jamais poderia se revelar desinteressada ou imparcial. Nesse sentido, argumentaremos que a atuação desses agentes deve interessada ou parcial.

O desconforto decorrente da sustentação de uma postura (de conciliador) incompatível com seu *mister*, deve ser abandonado e suprimido por um comportamento mais ativo por parte dos agentes dos PROCONS (legítimos negociadores dos interesses dos consumidores), dos quais se espera o domínio e emprego explícito de técnicas apropriadas de negociação assistida. A partir dessa mudança de comportamento dos referidos agentes, os PROCONS melhor (qualitativamente) desempenharão as suas funções enquanto instâncias facilitadoras do acesso à justiça pelos consumidores, sem prejuízo da continuidade de uma importante política de resolução de consensual de conflitos, já consolidada no Brasil.

Em que pese a importância dos PROCONS enquanto instância de administração de controvérsias individuais de consumo, não se pode ignorar o fato de que integra o rol de seus encargos, com vista a dar maior eficiência à intervenção do Estado nas relações de consumo, o emprego de esforços em prol da prevenção de conflitos coletivos de consumo. Sendo assim, ao tomar conhecimento da existência de uma demanda individual manifestada ao PROCON, o agente deve considerar o fato de que o descontentamento de um indivíduo pode refletir a insatisfação de toda coletividade de consumidores. As lesões narradas por um consumidor também seriam, portanto, com grande probabilidade, sentidas por um número incalculável de outros indivíduos.

Os escopos dos PROCONS são atingidos quando logram êxito em atender aos anseios dos consumidores (por meio das estratégias de solução de conflitos individuais), reprimindo os conflitos que lhes são manifestados, mas também, atuando no sentido de promover ações administrativas de prevenção de outros conflitos da mesma natureza. A título de contribuição para o incremento da atuação dos PROCONS na direção do primeiro escopo, sustentaremos a já anunciada reformulação

do atual modelo de tutela de direitos individuais de consumo através das chamadas “audiências de conciliação”. Isso se dará mediante a defesa do desenvolvimento de políticas públicas de capacitação dos seus agentes para o exercício técnico-qualificado do ofício negociador. Já na direção do segundo escopo, ao passo em que se destacamos o papel dos PROCONS na promoção da defesa dos direitos dos consumidores, defenderemos a conveniência e imperatividade do desenvolvimento de algumas medidas práticas de prevenção de conflitos ampliados ou difusos de consumo.

2 A MASSIFICAÇÃO DOS PROCESSOS DE PRODUÇÃO DE BENS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSUMO E SEUS REFLEXOS NA CRIAÇÃO DA FIGURA DO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE

A partir do momento em que as sociedades capitalistas se estabeleceram sob pilares de produção e consumo, a necessidade de uma produção em massa para geração de riquezas exigiu um consumo igualmente massificado dos bens produzidos. Quando produção e consumo se tornaram a grande riqueza das nações, a humanidade viu-se diante da necessidade de desenvolver formas de produção em série.⁶⁴⁷

Diante de uma fabricação uniforme e da distribuição crescente de bens idênticos, os indivíduos perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos. Além disso, foi necessário criar em toda a sociedade, desejos e necessidades de consumo cada vez maiores.⁶⁴⁸

Desde o princípio, a produção em série significou o surgimento de bens de consumo mais frágeis. Por mais que se desenvolvam novas tecnologias de produção de bens, isso não significa que se produzam bens com maior durabilidade. Pelo contrário, a necessidade de maior produção para uma população crescente, também é acompanhada pela necessidade de que indivíduos consumam cada vez mais. A produção de bens mais frágeis e menos duráveis é fundamental para que os consumidores sejam levados a não permanecer com o mesmo produto por muito tempo.

Não se trata de produzir bens com menor qualidade, mas sim, que possam ser substituídos, sempre, com maior rapidez, prática conhecida como obsolescência planejada⁶⁴⁹. Para isso, investe-se em tecnologias para que os produtos mais modernos sejam procurados e os antigos descartados. Os meios de produção em massa passaram a produzir produtos mais sofisticados, porém, mais descartáveis. E assim é, porque não há necessidade de se produzir coisas duráveis, já que antes

⁶⁴⁷ BARBOSA, Livia. **Sociedade de Consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, 2 ed. pg 14.

⁶⁴⁸ Sobre a sociedade de consumo vide: BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

⁶⁴⁹ A obsolescência planejada, tão em voga atualmente, foi objeto de análise de um dos autores do ante-projeto do CDC: DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed., p. 205.

mesmo de esgotada a sua “vida-útil”, o produto será substituído por outro, mais moderno, com qualidade inovadora e que represente aparente satisfação de consumo.

Ao mesmo tempo, a produção em massa significa maiores riscos à saúde, segurança e integridade dos consumidores. Os riscos de falhas na produção de bens de consumo representam grande perigo à sociedade de consumo. Estes riscos podem se alastrar incontrolavelmente por um grupo indeterminado de pessoas.

Ao passo que a produção em série de produtos idênticos dificulta o exercício de liberdade de escolhas dos indivíduos, a atividade publicitária, ao buscar a criação de desejos de consumo a serviço de um mercado que não pode esperar a manifestação própria e individual de um anseio de consumir, cuida para que toda a coletividade de consumidores possua vontades uniformes, impedindo a formação autônoma de suas vontades.

Na medida em que a produção de bens de consumo passa a ser em série, a prestação de serviços também deve acompanhar o crescimento de uma população mundial consumidora e se adaptar para uma fase de prestação de serviços para massas, o que levou ao surgimento de uma nova modalidade de contratação por adesão. Nas relações contratuais modernas, o contratante quase não tem oportunidade de escolher e definitivamente perdeu suas chances de negociar.

A economia global, a produção crescente e o desenvolvimento tecnológico, criam produtores, comerciantes e prestadores de serviço que dotam de crescentes forças econômicas sob organizações sempre mais complexas. Na mesma projeção, o consumidor individual perde sua representatividade econômica, significando frações cada vez menores dos rendimentos dos seus fornecedores. O poder de barganha do consumidor tende a se tornar menor, e suas opiniões, menos relevantes. Os consumidores perdem suas liberdades de escolha e poderes de barganha e reclamação. Tudo em prol da necessidade da sociedade absorver uma produção crescente e geradora de desenvolvimento econômico.

De tal forma, o consumidor não possui qualquer chance de se relacionar em equilíbrio com fornecedores de produtos e serviços, e, muito menos, de disputar em igualdade com estes últimos nos conflitos gerados pelas relações de consumo. Este cenário se apresenta ainda mais preocupante diante das concepções tradicionais do Direito, cujos mecanismos de proteção eram exclusivamente voltados para o indivíduo, com quase total omissão à proteção de grupos de indivíduos.

A uniformidade de produção de bens e de prestação de serviços, e o seu fornecimento em massa, distribuem o risco desta atividade para uma coletividade difusa de pessoas. Falhas na produção e distribuição de bens, assim como na prestação de serviços em uma sociedade de massas, colocam em risco a segurança e a vida de um incalculável número de indivíduos consumidores. Se as relações de consumo são padronizadas, um dano em relações de consumo, dificilmente, será individual. Quase sempre, os danos e prejuízos são coletivos.

A sociedade de consumo de massa exigiu novas formatações do Direito para que consumidores pudessem se sentir individualmente protegidos e seguros no ato de consumir. A

segurança para consumir deve ser proporcionada para que se gerem sentimentos de confiança para os atos de consumo. Essa confiança e segurança são geradas por um ordenamento jurídico que equilibre as relações de consumo, obrigando os seus partícipes a levarem em consideração a figura do consumidor como elemento vulnerável e hipossuficiente. Essa nova formatação exigiu do Direito moderno, novos instrumentos de proteção e defesa da individualidade e coletividade de consumidores.

3 O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Se as relações de consumo possuem um caráter coletivo, a defesa também deve ser coletiva. Disso resulta afirmar que, se a sociedade e as relações se tornam massificadas, o Direito deve se adaptar ao processo natural de massificação, para proteger os indivíduos na sua forma coletiva.

Assim, a defesa dos interesses difusos no Direito do Consumidor possui, além do caráter de prevenir a geração de danos à coletividade difusa de pessoas, o propósito de promover a tutela repressiva de danos causados aos mesmos. É a premissa de que a união faz a força. Diferente de uma reclamação individual, em que o fornecedor disputa com um único cliente, a reclamação apresentada por consumidores unidos, o obriga a disputar interesses com todos os seus clientes. O resultado deste conflito coletivo será, a nosso ver, completamente diverso, já que o poder dos consumidores de disputa pelos seus direitos estará facilitado e fortalecido pela união do grupo.

O problema reside no fato de que o processo natural de surgimento ou conquista de novos direitos difusos, dentre os quais os de consumo, não foi acompanhado pela atuação positiva do Estado na proteção e efetivação desses direitos. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer asseverou:

[...] o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por um indivíduo, grupos ou camadas sociais.⁶⁵⁰

A problemática da carência de tutela de direitos difusos e coletivos (desabrigados em termos de efetivação ou proteção por legislações pouco ou nada receptivas a conflitos de dimensões não

⁶⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 97.

individuais) revela uma das vertentes de um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX, qual seja: o “*obstáculo organizacional*”.⁶⁵¹

Não integra o rol de objetivos traçados para o presente ensaio, a abordagem aprofundada da “crise da administração da justiça”⁶⁵² vivenciada por diversos países, com força maior na década de 1960. Todavia, para que possamos contextualizar a importância dos PROCONS na luta pela amenização dos efeitos produzidos pela ineficácia do Estado na tutela de direitos dos consumidores, pertinente se revela a contextualização do *obstáculo organizacional*, na conjuntura da principal política de acesso à justiça desenvolvida até o presente momento em termos globais, qual seja: o movimento universal de acesso à justiça, propagado em diversos países sob a regência de Mauro Cappelletti e centenas de outros profissionais, dedicados a mais ampla pesquisa sobre temática do acesso à justiça e os entraves à sua efetivação.

Desenvolvido a partir da década de 1965 pelo Centro de Estudos de Direito Processual Comparado da cidade italiana de Florença, com financiamento da *Ford Fundation*, o *Consiglio Nazionale delle Recerche* e o *Centro Fiorentino do Stuti Giudiziari Comparati*, o “Projeto Florentino” foi estruturado no intuito de identificar as principais causas, bem como combater, por meio de ações práticas, os efeitos produzidos pelos obstáculos que tornam inacessíveis a tantos, o exercício do direito fundamental de acesso à justiça em diversos países pesquisados.

A tarefa de mapeamento dos entraves à efetivação do acesso à justiça resultou na identificação de obstáculos reunidos em três naturezas: econômica, organizacional e processual.

Por obstáculo econômico entende-se a dificuldade vivenciada por indivíduos financeiramente impossibilitados de arcar com elevadas custas e honorários advocatícios. Trata-se da pobreza de indivíduos marginalizados que, “[...] por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada”.⁶⁵³ O obstáculo processual por sua vez, consiste na inadequação do processo judicial, bem como das normas destinadas a regular as relações jurídico-processuais, à tutela efetiva de conflitos manifestados em juízo.

Finalmente, o obstáculo organizacional (o que diretamente nos interessa no presente estudo, eis que diretamente relacionado à representação de grupos, dentre os quais os consumidores), se faz representado pela inadequação da legislação processual de diversos países, à tutela de direitos difusos e coletivos. A conquista, a justificação ou o reconhecimento de direitos de grupos, não se fazia acompanhada pela evolução lenta, de legislações pouco ou nada receptivas a demandas que não fossem individuais. Disso resulta que:

⁶⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

⁶⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10.ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

⁶⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

[...] o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que cuida de direitos difusos e coletivos, a única proteção efetiva será aquela que reflita o caráter ‘coletivo’ ou de ‘classe’ do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do indivíduo lesado por poluição de massa. Ao indivíduo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o ‘titular’ de insignificante *fragmento* do dano em questão. Daí haver-se patenteado que existe aqui nova espécie de ‘pobreza’, digamos *pobreza organizacional*, que, se não superada, torna-se de todo insuficiente a proteção judicial.⁶⁵⁴

Ao passo que os referidos obstáculos eram delimitados, “emergiram mais ou menos em ordem cronológica”⁶⁵⁵, diversas medidas de combate aos efeitos pelos mesmos produzidos. A propositura e execução gradativa dessas ações de superação dos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, ficou conhecida como *ondas do movimento de acesso à justiça*, conforme se observa no depoimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

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 consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que podemos chamar simplesmente de ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.⁶⁵⁶

Como forma de amenização dos efeitos produzidos pelos obstáculos de natureza econômica, a primeira onda do movimento se concentrou no incremento de políticas assistencialistas de atendimento gratuito aos economicamente desfavorecidos. Já os obstáculos processuais, que

⁶⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 84, abr.-jun. 1994.

⁶⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

⁶⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

constituíram enfoque à terceira onda, foram atacados com o desenvolvimento conjugado de duas ações: reformas processuais de simplificação dos procedimentos judiciais; e difusão de métodos alternativos de resolução de conflitos como mediação, conciliação, arbitragem e negociação. Finalmente, quanto aos obstáculos organizacionais (os objetos da segunda onda do movimento universal), constata-se a necessidade imperativa de se repensar ou reformular os sistemas então disponíveis de tutela e proteção de direitos difusos e coletivos.

No Brasil, o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), confere corpo a trabalho já desenvolvido por instituições de defesa dos interesses dos consumidores enquanto indivíduos ou grupos, representando um dos principais reflexos do conjunto de ações práticas que impulsionaram a segunda onda do movimento universal de acesso à justiça.⁶⁵⁷

O CDC, que nasce em meio à complexa sociedade de consumo de massas e no paradigma dos direitos de terceira geração, desde o seu surgimento, demonstra que a defesa do consumidor só é eficaz quando realizada coletivamente e quando solidificados os institutos de proteção dos interesses e direitos coletivos e difusos. Os direitos dos consumidores consagrados na Lei n. 8.078/90 (CDC), servem à sociedade brasileira principalmente se interpretados na concepção dos direitos coletivos. Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior⁶⁵⁸ aduz que “os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma série indeterminada de pessoas além dele”.

Não há indivíduo que, no atual estágio da sociedade de consumo de massas, não seja um potencial consumidor. Por isso, um mesmo fato gerador de dano a um consumidor pode afetar, e, provavelmente afetará, um número indeterminado de outros consumidores. Quase sempre, a constatação de uma lesão a um consumidor é sinal de que um grupo difuso de consumidores também foi ou está sendo lesado, e que toda a sociedade consumidora corre o mesmo risco.

Nesse sentido, torna-se fundamental a declaração ou reconhecimento dos direitos de uma categoria alocada em condições incontestáveis de hipossuficiência. Eis aqui, a justificativa para o reconhecimento da importância do CDC na consagração dos direitos dos consumidores, ao mesmo tempo em que identifica a necessidade de proteger de uma só vez todo o grupo de hipossuficientes.

O Constituinte de 1988, inspirado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e já inserido no contexto da sociedade de consumo de massas, estabeleceu como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor pelo Estado. Estabeleceu entre o rol de direitos fundamentais, no inciso XXXII do artigo 5º que: “o Estado promoverá a defesa do consumidor”.

⁶⁵⁷ O movimento social de reconhecimento da figura do consumidor como indivíduo hipossuficiente e a iniciativa do poder público de tutelar os consumidores por meio de instituições dedicadas a esta tarefa, já eram identificados no Brasil antes mesmo da elaboração do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988. É que se verifica da pesquisa realizada por Marcelo Sodré (SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 130-148).

⁶⁵⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50.

Por considerar que todo consumidor é vulnerável (e inserido neste conceito estão as vulnerabilidades econômica, técnica e jurídica), o Estado deve intervir nas relações de consumo para garantir que essa relação seja pautada por equilíbrio e igualdade real.

Vários são os motivos que exigem que as causas dos consumidores sejam diferencialmente tratadas: seja porque seus valores, na maioria das vezes, inviabilizam a intervenção de advogados; seja porque o consumo de produtos e serviços configura, na atual sociedade, comportamento essencial do ser humano, do qual não pode este ficar privado. Por esta razão, o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor (art. 6º, VII e VIII) a facilitação do seu acesso à justiça e da sua defesa.

4 O PAPEL DO PROCON NO QUADRO DA SEGUNDA ONDA DO MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Ressalvada a importância da criação e popularização daquele que figura como o diploma legal de maior penetração ou assimilação pelo seu público de destinatários, é imperioso reconhecer que a declaração de direitos de qualquer natureza não se justifica se não for acompanhada de políticas que lhes garantam a devida proteção e efetivação. O imperativo em questão nos faz recordar o pensamento de Norberto Bobbio⁶⁵⁹, quando da afirmação de que “o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”. A intervenção do Estado, nesse sentido, deve extrapolar o contentamento com a positivação de direitos, exigindo a efetivação de direitos garantidos.

Para a efetivação da tutela dos interesses de consumidores, o ordenamento jurídico brasileiro delegou poderes a determinadas instituições corporativas para que exerçam o papel de representantes da sociedade difusa de consumidores, legitimando sua atuação em ações coletivas. Nesse contexto em que o Estado passa a intervir mediante uma atuação protetiva-ativa, consolidam-se como política de proteção e efetivação dos direitos de consumo os PROCONS: órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais que se dedicam à proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores.

O papel dos PROCONS extrapola a esfera da necessidade de justificação dos direitos da categoria de consumidores, seja ela analisada individualmente ou coletivamente. Representa a superação da declaração dos direitos dessa natureza, inaugurando uma nova fase, na qual os esforços convergem para torná-los efetivos. Assim, os órgãos de defesa e proteção do consumidor foram criados para que a tarefa do Estado de proteger ativamente o consumidor, fiscalizando as relações de consumo e solucionando os conflitos individuais, fosse realizada por meio do Poder Executivo. A promoção da defesa do consumidor como forma de facilitação do acesso à justiça pelos mesmos, pauta toda a atividade dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

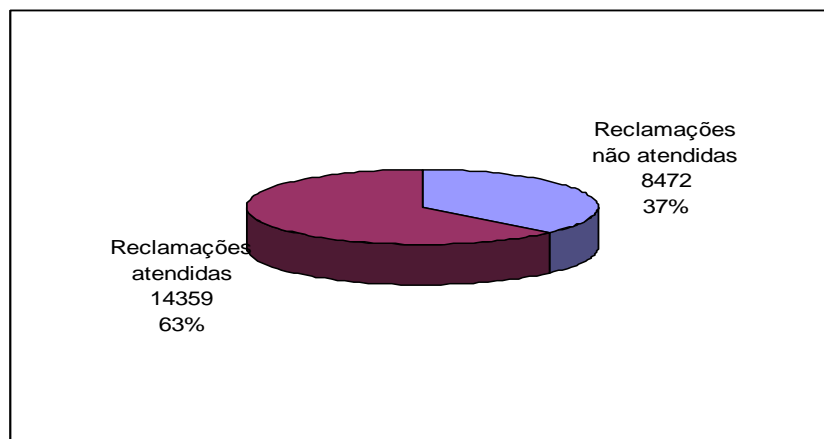
⁶⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42.

Os PROCONS já existiam mesmo antes da vigência do CDC. A princípio, as atividades destas instituições se resumiam à orientação dos consumidores e tentativa de solucionar conflitos de interesses individuais.⁶⁶⁰ Foi a partir do advento do CDC que ganharam autonomia para realizar a tutela dos interesses coletivos e difusos dos consumidores a partir dos poderes que foram delegados a estes órgãos para a fiscalização das relações de consumo e punição dos fornecedores que ignorassem os preceitos do CDC, configurando verdadeiro poder de polícia, e para propositura de ações coletivas, além de outros instrumentos de tutela dos interesses coletivos.

Entretanto, mesmo com os poderes atuais de proteção e defesa da coletividade, os PROCONS ainda mantêm a antiga prática de funcionar como verdadeira instância de solução dos problemas individuais dos consumidores por meio das chamadas “*audiências de conciliação*”.

Essas audiências realizadas pelos PROCONS, hoje configuram uma das ferramentas de acesso à justiça mais usuais para os consumidores. A inexistência de custos para o cidadão, a celeridade do processo administrativo e o grande aproveitamento das audiências em favor dos consumidores, elevam os níveis de satisfação da comunidade em relação aos trabalhos do PROCONS, fazendo com que a procura por estes órgãos seja muito maior do que em relação aos Juizados Especiais Cíveis. Os altos índices de solução dos conflitos pelas audiências dos órgãos é a principal causa do constante aumento da demanda dos administrados pelos PROCONS.

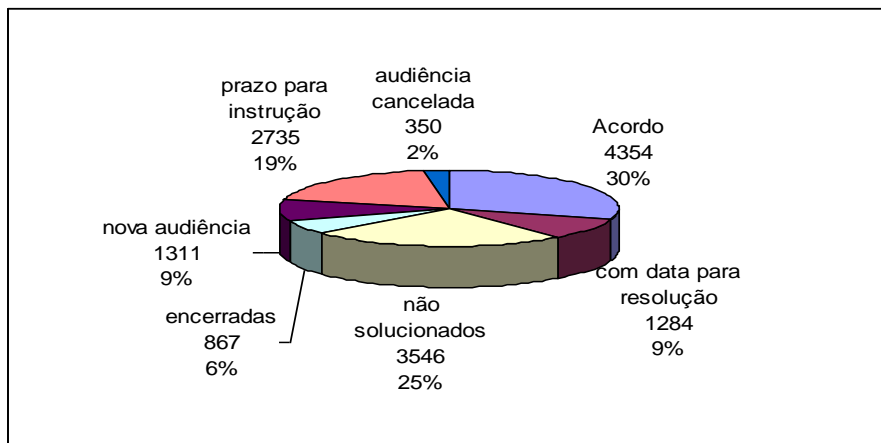
No ano de 2007, o PROCON/SP instaurou 22.831 processos administrativos por reclamações fundamentadas dos consumidores paulistas. Desde total, conforme se percebe pelo gráfico abaixo, o órgão foi capaz de solucionar 63% destes conflitos por meio de sua intermediação.



⁶⁶⁰ O Estado de São Paulo foi o pioneiro na formulação de políticas estaduais de proteção do consumidor, tendo criado em 1976 o primeiro PROCON do Brasil: “No Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor coube ao Grupo Executivo – Procon, atuar de forma coletiva, visando informar e orientar o consumidor, por meio de programas específicos que incluíssem pesquisas e estudos relacionados à conjuntura econômica brasileira. Também receberia e encaminharia reclamações e sugestões apresentadas por entidades de classe e representativas da população.” (PROCON/SP. **Memória do PROCON**. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131>>. Acesso em: 26/11/2008). Como já dito anteriormente, a preocupação dos Governos Estaduais e Municipais na implementação de políticas de defesa dos consumidores é anterior ao CDC, a exemplo das iniciativas de criação de Coordenações temáticas no Paraná, Rio Grande do Sul e em São Paulo, na década de 70 e 80 (SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 131).

Cadastro de Reclamações Fundamentadas do PROCON/SP⁶⁶¹

Entre 2005 e 2006, o PROCON/PR realizou 13.951 audiências de conciliação para solução de conflitos individuais de consumo. Boa parte dessas audiências (39%) foi concluída com acordos ou com data para resolução como se pode observar pelo gráfico abaixo⁶⁶²:



Relação dos resultados das audiências realizadas entre 2005 e 2006 no PROCON/PR

A maneira com a qual os PROCONS conduzem todo o atendimento aos indivíduos demonstra a forma em que o acesso à justiça se dá por meio destas instituições públicas. E se o PROCON não é um mero órgão fiscalizador das relações de consumo, mas também um guardião das normas regulamentadoras dessas relações, deve atuar no sentido de representar consumidores em situação de conflito, empenhando-se para buscar a satisfação de seus interesses, ainda que por meio de práticas conciliatória informais de resolução de conflitos, alternativas ao processo judicial.

Em que pese os festejados índices de acordos de conciliação alcançados pelos PROCONS nacionais, ao passo em que presenciamos o crescente engajamento do Estado na difusão de sua prática (interesse com vistas ao incremento das estatísticas), cumpre-nos questionar sobre a conveniência e adequação do emprego de técnicas de conciliação, por agentes desses órgãos de proteção e defesa dos interesses dos consumidores.

Dito de modo mais explícito, questionamos: Pode-se dizer cabível a utilização da conciliação na pacificação de conflitos de consumo? Consequentemente, é correto falar na capacitação de agentes dos PROCONS para o emprego de técnicas de conciliação, ou haveria outras técnicas mais indicadas no exercício do seu *mister*?

Reservamos para a seqüência deste ensaio a apresentação de respostas para os questionamentos acima delimitadas, seguidas de uma proposta de reformulação do modelo de

⁶⁶¹ PROCON/SP. **Cadastro de Reclamações Fundamentadas**. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/pdf/cadastro2007.pdf>>. Acesso em: 26/11/2008.

⁶⁶² PROCON/PR. **Resumo das Atividades do PROCON/PR**. Disponível em <http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/atividades_2006_site.pdf>. Acesso em: 26/11/2008.

capacitação de agentes dos PROCONS para o manuseio de técnicas mais adequadas à representação de consumidores em conflito.

5 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO, PELO PROCON, DA CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO.

A atribuição de respostas aos questionamentos acima formulados pressupõe o conhecimento, ainda que básico, de particularidades sobre a tendência de difusão dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

Representados pela sigla ADR (do inglês *Alternative Dispute Resolution*), os métodos alternativos de resolução de conflitos vêm ganhando notoriedade como vias alternativas (ao processo judicial) de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Conforme já destacado anteriormente, quando da contextualização das duas frentes de ação que impulsionaram, e ainda hoje impulsionam, a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, a tendência de difusão das ADR's torna-se cada vez mais consolidada, ao passo que reformas legislativas são intensificadas no intuito de buscar adaptar as normas processuais às necessidades impostas pelo momento em que o processo não se revela um instrumento eficaz no cumprindo suas finalidades precípua: sociais, jurídicas e políticas.

Métodos informais de prevenção e resolução de conflitos como a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, tornam-se cada vez mais usuais no Brasil. A notória constatação, já percebida em diversos outros países com antecedência maior, pode ser vista como consequência inevitável da crise de administração da justiça que testemunhamos.

No Brasil, a crescente demanda por prestação jurisdicional, aliada à impotência prestacional do Estado nesse sentido, têm alimentado o desenvolvimento de políticas públicas de incentivo ao uso de práticas informais de prevenção e resolução de conflitos. Ao passo em que se democratiza a efetivação do direito de acesso à justiça por vias plurais, alternativas à jurisdição estatal, evita-se o processo judicial e todos os entraves que lhe cerceiam a devida efetividade. No mesmo sentido, esclarecedoras foram os dizeres de Antonio Carlos Wolkmer:

Ainda que seja um *locus* tradicional de controle e de resolução de conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas 'não institucionalizadas' ou instâncias judiciais 'informais' (juizados ou tribunais

de conciliação ou arbitragem ‘extrajudiciais’) que conseguem, com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário.⁶⁶³

Na esteira da difusão das aludidas práticas informais de prevenção e resolução de conflitos, a conciliação se destaca como uma das ADR’s mais difundidas no país. A propósito da consolidação da conciliação no Brasil, importante ressaltar a contribuição prestada pelo Poder Público, no incremento de sua prática.

Por conta de uma necessidade cujos contornos já foram delineados, o Estado se utiliza cada vez mais dos benefícios proporcionados pela conciliação, seja ela judicial ou extrajudicial. Os reiterados Movimentos Nacionais pela Conciliação, a consolidação de sua prática incidental no processo judicial e o crescente emprego do método pelas defensorias e PROCONS, corroboram o entendimento.

Antes de adentrarmos no enfrentamento da problemática que movimenta o desenvolvimento do presente estudo, a título de fundamentação das críticas e proposições que serão por nós apresentadas, pertinente se faz o desenvolvimento de algumas considerações teóricas sobre o instituto da conciliação.

Na lição de Petrônio Calmon, a conciliação é definida como:

[...] mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.⁶⁶⁴

Independente da modalidade em que é praticada (se judicial ou extrajudicial), a conciliação tem por finalidade conduzir as partes conciliadas à obtenção de uma solução consensual para o conflito manifestado ao conciliador, ou seja: ao caminho do entendimento.

São características do processo de conciliação: a voluntariedade das partes em se submeter ao procedimento; a informalidade e a flexibilidade do procedimento de condução do conflito; a

⁶⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 100-101.

⁶⁶⁴ COLMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; bem como a atuação imparcial de um terceiro interventor (o conciliador).

Ressalvada a informalidade e flexibilidade que lhe caracterizam, pode-se dizer que o processo de conciliação se operacionaliza em quatro etapas, descritas por Adolfo Braga Neto nos termos seguintes:

(1) abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (2) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na seqüência, encaminha-se para o estímulo a (3) criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de se atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, (4) acordo, sua redação e sua assinatura.⁶⁶⁵

A seqüência de etapas acima descritas revela que a atuação do conciliador é iniciada com as devidas apresentações entre conciliador e partes conciliadas, seguidas da prestação de esclarecimentos sobre o processo. Durante o desenvolvimento da conciliação, cabe ao conciliador promover o incentivo à comunicação das partes, bem como identificar interesses convergentes e divergentes para, assim, poder contribuir satisfatoriamente com a formulação de propostas de acordo que atendam às pretensões, necessidades e possibilidades em jogo. Por fim, dependendo do resultado do processo (se frutífera ou não for a conciliação), o conciliador providenciará a elaboração de termo de acordo ou declaratório de impasse.

Apesar de bastante participativo e ativo na formulação de propostas de acordo e no incentivo ao diálogo entre as partes (atributos que requerem do terceiro interventor o domínio de técnicas de comunicação e facilitação da autocomposição), o conciliador jamais poderá se afastar do atributo imparcialidade que lhe é exigido. Não poderá, portanto, manifestar interesse no resultado da causa,

⁶⁶⁵ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-66.

priorizando a satisfação dos interesses de um em detrimento do outro, sob pena de violação de toda a lógica facilitadora de acordos, sustentada com imparcialidade.

Superada a fase de cognição das principais particularidades do instituto da conciliação, passamos ao enfrentamento das reflexões sobre o cabimento da utilização da conciliação nos PROCONS, bem como sobre a pertinência da capacitação de seus agentes para que atuem como conciliadores.

A adoção, pelos PROCONS, da prática da conciliação como via de solução dos conflitos de consumo, é decorrente da conjugação de dois fatores, quais sejam: um antigo costume, já consolidado nos referidos órgãos; bem como a previsão legal para o desempenho dessa função, conforme se verá na seqüência. É o que se percebe da análise das diversas resoluções, portarias e demais normas regulamentadoras dos processos administrativos de diversos PROCONS estaduais e municipais do país.

A Deliberação 2397/2007, da Assembléia Legislativa de Minas Gerais (Regimento Interno do PROCON Assembléia), que contém o regimento interna do referido órgão de defesa dos consumidores mineiros, preceitua o seguinte:

Art. 3º - Compete ao Procon Assembléia:

[...]

VI - funcionar, no processo administrativo, como instância de conciliação, no âmbito de sua competência, nos termos da Lei Federal nº 8.078, de 1990, e da legislação complementar;

[...]

Art. 19 - A audiência de conciliação tem por objetivo a composição de acordo entre o consumidor e o fornecedor, por intermediação do Procon, em observância ao disposto no inciso VI do art. 3º desta deliberação⁶⁶⁶.

Já a Resolução nº 064/98, do PROCON/PR, que regulamenta as competências e atividades daquele órgão, estabelece:

Art. 29 - Para audiência de conciliação, as partes serão convocadas de acordo com esta Instrução Normativa, devendo o mediador que a ela presidir lavrar o termo correspondente.

⁶⁶⁶ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Regimento Interno do PROCON Assembléia**. Disponível em <http://www.almg.gov.br/index.asp?diretorio=procon&arquivo=procon_legislacao>. Acesso em 25/04/2009.

Art. 30 - Aberta a audiência, o agente competente do PROCON/PR esclarecerá às partes sobre as vantagens de conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio⁶⁶⁷.

No mesmo sentido, é a previsão do Decreto nº 2.939/2001 (Procedimento Administrativo do PROCON de Campina Grande/PB):

Art.15º - Recebida a reclamação, o Coordenador Executivo ou, na ausência ou impedimento deste, o Chefe da Divisão de controle e Acompanhamento Processual do PROCON, designará data e hora para audiência de conciliação, para os próximos 15 (quinze) dias, notificando as partes para comparecimento.⁶⁶⁸

Finalmente, corroborando a mesma linha, o Regimento Interno do PROCON à Assembléia Legislativa de Belo Horizonte:

Art. 20 - Na audiência de conciliação, o representante do Procon buscará a harmonia e o equilíbrio da relação de consumo entre as partes, observados os princípios legais de defesa do consumidor.⁶⁶⁹

Partindo do pressuposto de que é dever dos PROCONS e seus agentes promover a proteção e defesa dos direitos dos consumidores enquanto indivíduos ou classe hipossuficiente, assim como do fato de que um conciliador jamais poderá carregar consigo qualquer interesse no resultado da causa (ou seja, nunca poderá inclinar-se em prol da satisfação dos interesse de um dos envolvidos no processo por ele presidido, sob pena de violação do atributo imparcialidade que lhe é inerente), podemos afirmar que é tecnicamente despropositado, e, portanto, reprovável, o emprego da conciliação nos PROCONS.

A exigência da imparcialidade dos agentes dos PROCONS é manifestamente incompatível com o dever constitucional que carregam, de atuarem de forma parcial, na proteção e defesa dos interesses dos consumidores. Como, então, exigir dos referidos agentes, a isenção típica de um conciliador (a mesma que se presentifica nas figuras do mediador, do árbitro e do juiz de direito), se é seu dever promover a proteção dos interesses individuais e coletivos dos consumidores?

Exigir que um agente do PROCON balize sua atuação na imparcialidade de um terceiro desinteressado, significa impedir que cumpra sua função precípua, de proteção e fiscalização, dos interesses dos consumidores e das relações de consumo, respectivamente. São despropositadas, portanto, as diversas resoluções, portarias e decretos regulamentadores das audiências de conciliação em diversos PROCONS estaduais e municipais.

⁶⁶⁷ PROCON/PR. **Resolução 064/98**. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

⁶⁶⁸ PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. **Decreto nº 2939/2001**. Disponível em: <<http://www.proconcg.com>>. Acesso em 25/04/2009.

⁶⁶⁹ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Regimento Interno do PROCON Assembléia**. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

Não é possível, realizar uma audiência de conciliação, baseada na harmonia e no equilíbrio de relações conflituosas imparcialmente administradas, e, ao mesmo tempo, observar o imperativo da defesa dos interesses do consumidor. A promoção da defesa do consumidor como forma de facilitação do acesso à justiça por esses órgãos da administração direta dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, deve ser pautada na atuação parcial de seus agentes, que não podem atuar como conciliadores, mas sim, como autênticos negociadores de interesses daqueles que, por exigência legal, devem representar.

Que as audiências de conciliação realizadas pelos PROCONS, aparentemente configuram uma das principais vias de resolução autocompositiva de conflitos, não se pode questionar. Os dados estatísticos por nós evidenciados corroboram este entendimento, o que faz com que a procura por estes órgãos, assim como os investimentos do Poder Público no seu incremento e difusão, sejam cada vez maiores.

Os elevados índices de acordos (quantitativamente considerados), em nada representam uma garantia de que os interesses dos consumidores, ou a proteção dos seus direitos (em termos qualitativos), tem sido alcançados. O engessamento dos agentes dos PROCONS, limitados por uma imparcialidade irreal, e, portanto, absolutamente injustificada, lhe cai como verdadeira camisa de força, impeditiva do exercício do seu *mister*.

Correto seria que os PROCONS passassem a promover sessões de negociação assistida, nas quais seus agentes, de forma explícita ou não velada por uma imparcialidade simbólica, passassem a atuar, com transparência, na representação extrajudicial de consumidores interessados na resolução autocompositiva de seus conflitos. Sem prejuízo da continuidade do desenvolvimento de uma importante política de resolução de consensual de conflitos, com esta mudança significativa do ponto de vista técnico, tais órgãos melhor desempenhariam sua função de instância facilitadora do acesso à justiça pelos consumidores.

Como conseqüência natural de uma mudança no modelo de operacionalização da representação direta de consumidores em situação de conflito, os agentes dos PROCONS seriam demandados no emprego de técnicas de negociação⁶⁷⁰, que não se confundem com as usualmente empregadas por conciliadores imparciais. Em outras palavras, se a imparcialidade não deve lhe servir como atributo ou exigência, despropositada se revela a capacitação dos mesmos para o emprego de técnicas de conciliação. Correto seria dotá-los de competências, habilidades, estratégias e técnicas revertidas em benefício do consumidor que pelo mesmo deve ser representado, com a mais absoluta parcialidade.

⁶⁷⁰ Diversas metodologias de negociação podem ser utilizadas pelos agentes dos PROCONS. Além dos modelos posicionais de negociação, por meio dos quais negociadores avançam sem maiores rigores técnicos, lógicos e argumentativos (técnica conhecida como barganha posicional), outros se destacam pela efetividade e caráter colaborativo. Um dos métodos mais reconhecidos na atualidade é o da negociação baseada em princípios ou méritos; teoria desenvolvida a partir de pesquisas realizadas na universidade norte-americana de Harvard. Para maiores esclarecimentos sobre a técnica da negociação baseada em princípios colaborativos (separe as pessoas do problema; concentre-se nos interesses, não nas posições; invente opções de ganhos mútuos e insista em critérios objetivos), recomendamos a leitura de FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.

6 O DUPLO PAPEL DO PROCON: COMPATIBILIDADE ENTRE A SOLUÇÃO DO CONFLITO NO ÂMBITO INDIVIDUAL E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

Diversos são os PROCONS que adotam como procedimento o arquivamento do processo administrativo, sempre que se obtém êxito na composição de acordo entre as partes, senão vejamos:

DECRETO N.º 2.939/2001 – regulamenta o Procon de Campina Grande (PB)

Art. 18º - Conciliadas as partes, lavrar-se-á o termo, com o arquivamento da reclamação.⁶⁷¹

ORDEM DE SERVIÇO N.º 02/2006 – PROCON Campinas

6. b) A conciliação entre fornecedor e consumidor acerca da Reclamação resultará no arquivamento do processo administrativo, desde que devidamente formalizada antes do proferimento da decisão da Diretoria do PROCON Campinas; [...].⁶⁷²

Tratar as reclamações individuais de consumidores como isoladas, significa desconsiderar toda a lógica corrente, já exposta, das relações de consumo de massa nas sociedades complexas. No que se refere às relações de consumo, como já dito, dificilmente haverá uma reclamação individual que não revele uma macro-lesão.

A própria natureza dos interesses dos consumidores numa sociedade de consumo de massas, de produção e distribuição uniforme, nos leva a acreditar que poucas são as angústias e reclamações de um indivíduo consumidor que não refletem interesses difusos de toda a comunidade de consumidores. Mais uma vez citamos Vicente de Paula Maciel Junior para ilustrar este pensamento:

Os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma série indeterminada de pessoas além dele. Nisto reside o caráter tipicamente difuso dos interesses dos

⁶⁷¹ PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. **Decreto n.º 2939/2001**. Disponível em: <<http://www.proconcg.com>>. Acesso em 25/04/2009.

⁶⁷² PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS. **ORDEM DE SERVIÇO N.º 02/2006**. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

consumidores. Todas as pessoas são potencialmente consumidoras e um determinado fato pode afetar diretamente um consumidor, e de maneira difusa, uma série imprecisa de outros interessados.⁶⁷³

Considerando que os produtos distribuídos no mercado de consumo são produzidos em massa, e os serviços prestados são disponibilizados também de forma massivamente uniforme, quando se verifica, que determinado produto ou serviço foi capaz de gerar dano a um indivíduo, isso significa, em uma análise ampla, que ou outros indivíduos também foram lesados ou correm os mesmos riscos. Tal conclusão se faz, como dito, a partir da própria análise de uma sociedade de consumo de massa.

Os órgãos de defesa do consumidor não podem interpretar uma reclamação de um consumidor como um fato isolado. E, sendo assim, não podem dar tratamento a essa reclamação de forma a acreditar que, satisfazendo o interesse individual do consumidor reclamante, terá cumprido a sua finalidade mais ampla. Para o efetivo cumprimento de suas funções de proteção do consumidor, tanto em sua esfera individual, como de coletividade difusa, é necessário tratar cada reclamação apresentada como uma demonstração de que toda a coletividade corre o risco de ser lesada pela mesma prática.

Cada causa de consumo é apenas uma pequena amostragem de uma grande insatisfação de uma coletividade que está sendo lesada na mesma forma que aquele que se manifestou.

Dar tratamento de tutela coletiva às reclamações apresentadas não representa, de forma alguma, prejuízo à solução da reclamação individual. Tais medidas são conciliáveis. Se os PROCONS instauram processos administrativos a partir de reclamações fundamentadas, desde o princípio, ou a partir da audiência realizada entre as partes, já é possível verificar se a conduta do fornecedor reclamado representa ou não infração às normas do CDC. Neste sentido, a solução do conflito em âmbito individual não pode representar o fim do processo administrativo.

Ao extinguir um processo em que se faz cabível a aplicação da penalidade administrativa, o PROCON contribui para que a prática lesiva seja perpetuada pelo fornecedor denunciado, ainda que o interesse individual do consumidor tenha sido atendido. Disso resulta afirmar que, para cada acordo realizado em prol de um consumidor individualizado, se providências outras não forem tomadas pelo PROCON, um incalculável número de consumidores poderá ainda ser lesado. Isto porque será sempre mais lucrativo para o agente do comportamento lesivo reparar consumidores individualmente lesados, notadamente se quando o reparo advém de uma autocomposição bilateral, do que investir em formas de se evitar lesões futuras.

Quando o Estado atua, exclusivamente, na repressão de disputas individuais, favorece, tão somente: o indivíduo-consumidor, que se satisfaz na solução da sua reclamação; e o fornecedor, que lucra ao remediar sem ter que investir na prevenção. Não há, nesse sentido, favorecimento da sociedade. Tanto o Poder Judiciário (quando divulga os seus altos índices de ações julgadas),

⁶⁷³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pg 50.

quanto o Executivo (quando divulga os números de reclamações individuais solucionadas pelos PROCONS), pecam ao não fazer desses números, ações que contribuam para a inexistência de futuras demandas equivalentes.

De nada adianta garantir vias eficazes de acesso a justiça aos indivíduos se, em caráter contínuo, não se consubstancia esse direito em soluções efetivas para os interesses da sociedade, aqui representados pela proteção dos igualmente importantes direitos difusos dos consumidores.

A solução da reclamação individual em audiência de negociação (e não mais de conciliação) não deve ser tratada como fim do processo administrativo, mas apenas como atenuante à possível penalidade administrativa que o fornecedor sofrerá pela mesma conduta, como estabelece o artigo 25, III do Decreto Federal 2181/97, diploma que regulamenta o processo administrativo punitivo dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor:

Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo⁶⁷⁴.

A propósito, incorre em falta grave o fornecedor que, tendo constatado a lesão ao consumidor, recusa-se a cumprir o pedido juridicamente fundamentado do mesmo, conforme se depreende da redação do artigo 26, IV, do Decreto Federal 2181/97:

Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:

IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências⁶⁷⁵.

A compatibilização dos papéis fundamentais do PROCON, se dá, nesse sentido, quando se promove a solução dos conflitos bilaterais de consumo, sem prejuízo da tomada de ações posteriores de defesa dos interesses difusos dos consumidores, exemplificadas nas práticas de implantação e constante divulgação de cadastros de reclamações fundamentas, reunião de reclamações individuais semelhante em um único processo administrativo com caráter de tutela coletiva ou difusa, instauração de ofício de processos administrativos ou inquéritos que busquem investigar danos ou ameaças de lesões coletivas, aplicação de penalidades mais severas e adoção de dosimetrias de multas que levem em consideração não apenas a proporção da lesão mas também a poder econômico do fornecedor denunciado.

7. CONCLUSÃO

⁶⁷⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pg. 72.

⁶⁷⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pg. 72.

O PROCON, na condição de órgão responsável pelo cumprimento do dever fundamental de proteção do consumidor, por vinculação constitucional, tem como tarefa imprescindível tentar promover a resolução dos conflitos individuais manifestados. Ao promover a pacificação autocompositiva de conflitos de consumo, o PROCON cumpre esse *mister*.

Entretanto, entendemos que a forma como tem sido conduzidas audiências nos PROCONS, acaba por prejudicar a efetivação do seu papel solucionador de conflitos. O servidor do PROCON não pode se portar como agente imparcial na condução de uma audiência, por figurar, em tal momento, como agente investido de uma função estatal de defesa dos interesses do consumidor. Esses servidores devem, portanto, ser capacitados para atuarem como negociadores dos interesses da categoria que representam, e não como conciliadores imparciais.

Somente assim os PROCONS e seus agentes promoverão a plena e devida efetivação do direito fundamental de acesso à justa composição de conflitos de consumo. Nesse sentido, é fundamental que os agentes dos PROCONS reconheçam, incorporem e pratiquem a defesa negociada dos interesses de um consumidor hipossuficiente. Essa defesa qualificada, a propósito, deve ser técnica, e não intuitiva, fato que demanda da Administração Pública, o desenvolvimento de políticas de capacitação desses agentes, para o emprego de técnicas de negociação assistida, bastante diferentes daquelas que tradicionalmente lhes são ministradas nos cursos de formação de conciliadores.

A referida proposta, que decorre da atribuição de respostas negativas aos problemas enfrentados no presente estudo, não impede que os PROCONS e seus agentes, em momento posterior à resolução negociada de um conflito individual (prática que atenua a penalidade consensualmente assumida por aquele que viola o direito), se encarreguem da tomada de medidas administrativas (punitivas e pedagógicas) de prevenção de novos danos da mesma natureza, a exemplo do investimento e difusão dos cadastros de reclamações fundamentadas, da reunião de diversas reclamações individuais em um único processo administrativo com caráter de tutela coletiva ou difusa, da instauração de processos administrativos por ofício para investigação de lesões coletivas, da aplicação de penalidades severas, e da adoção de dosimetrias de multas que levem em consideração não apenas a proporção das lesões como também o poder econômico dos fornecedores multados. São essas as sugestões para que se alcance a efetividade do acesso à justiça dos consumidores por meio dos PROCONS, na busca pela solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos.

8. REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Regimento Interno do PROCON Assembléia. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em 25/04/2009.

- BARBOSA, Livia. Sociedade de Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, 2 ed.
- BAUMAN, Zygmunt. Vida para o Consumo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor com o Decreto 2181, de 20 de Março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes. Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COLMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.
- GRINOVER, Ada Pelegrini (Org.). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 7 ed.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Convenção Coletiva de Consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- PEREIRA, Caleb Salomão. Filantropo-Capitalismo ou a Insustentável Leveza do Capitalismo e o Foco na Eficiência do Poder Judiciário: simetrias de uma atuação pela violência simbólica. Trabalho em fase de publicação, apresentado ao Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, 2008.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS. ORDEM DE SERVIÇO Nº 02/2006. Disponível em: < <http://www.campinas.sp.gov.br/bibjuri/os02-31052006.htm>>. Acesso em 25/04/2009.
- PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE. Decreto nº 2939/2001. Disponível em <<http://www.proconcg.com/not/leis2.htm>>. Acesso em 25/04/2009.

PROCON/PR. Resolução 064/98. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/print.php?conteudo=136>>. Acesso em 25/04/2009.

_____. Resumo das Atividades do PROCON/PR. Disponível em <http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/atividades_2006_site.pdf>. Acesso em: 26/11/2008.

_____ Cadastro de Reclamações Fundamentadas. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/pdf/cadastro2007.pdf>>. Acesso em: 26/11/2008.

PROCON/SP. Memória do PROCON. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131>>. Acesso em: 26/11/2008.

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

SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

AUTO-INCRIMINAÇÃO E ILICITUDE NA OBTENÇÃO DA PROVA – A LIMITAÇÃO DO PODER

SELF-INCRIMINATION AND ILEGAL WAYS OF GETTING EVIDENCE - LIMITATION OF POWER

LEONARDO COSTA DE PAULA

Mestrando em Direito Público e Evolução Social, linha de pesquisa Acesso a Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA-RJ, pós-graduado em Direito e Processo Penal, pós-graduado em Docência do Ensino Superior ambas pela UCAM-RJ e advogado criminalista com atuação centrada no Rio de Janeiro.

RESUMO

O estudo realizado se insere na área do Processo Penal, no tocante à utilização da prova obtida por meio ilícito. O método utilizado é a revisão crítica de bibliografia. Através de um corte histórico, é possível verificar abusos presentes na forma de proceder do Estado quando se busca uma ilusória verdade real, no processo penal. Tal suposta verdade permitiu toda espécie de abusos e arbitrariedades, o que demonstra a ação impiedosa e injusta de um Estado opressor. No contexto do Estado Democrático de Direito, é imperioso definir que a forma resguarda interesse na legitimação do poder de segmentos sociais representados pelo Estado, quando da verificação da prática de um crime. Porém, considerando a principiologia constitucional vigente, essa prática jamais pode ensejar a possibilidade de limitar a vedação da auto-incriminação compulsória, eis que a Lei Maior impede que o Estado mitigue direitos, para alcançar uma verdade que não poderá se enquadrar no *status* de democrática.

PALAVRAS-CHAVE: PODER PUNITIVO; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; PROTETIVIDADE DO PROCESSO PENAL; PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS; VEDAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

ABSTRACT

This analysis is inserted in the studies of Criminal Procedure, and it concerns to the use of evidence obtained by illegal means. The method used is the critical review of literature. By considering specific moments in history, it is possible to observe abuses committed by the State while seeking an elusive real truth in the criminal proceedings. This supposed truth allowed all sorts of abuse and arbitrariness, which demonstrates the ruthless and unfair action of an oppressive state. In the context

of a Democratic State, it is imperative to define that the form of the procedure protects the interest in legitimizing the power of a social group represented by the State, when a crime is verified. However, considering the current constitutional set of principles, this practice can never give rise to the possibility of limiting the prohibition of compulsory self-incrimination, behold, the highest law prevents the State to mitigate rights in order to search for a truth that could not fit in the status of democratic.

KEYWORDS: PUNITIVE POWER; DEMOCRATIC STATE; PROSTHETIC CRIMINAL PROCEDURE, EVIDENCE OBTAINED BY ILLEGAL WAYS; SELF-INCRIMINATION COMPULSORY.

INTRODUÇÃO

A despeito de evidenciar um raciocínio tautológico, cabe iniciar pelo fim, e terminar pelo começo, permitindo se entender o raciocínio em sua totalidade. Apesar de se limitar uma regra de metodologia, será necessário pinçar, de pronto, citação de Luigi Ferrajoli⁶⁷⁶ quando expõe que o que se perquire fundado numa busca de reparação pelos crimes trouxe a lume, na verdade, uma das maiores mazelas e agressões produzidas à sociedade, o que é imprescindível para a consideração final. Conforme palavras textuais do referido pensador:

Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un costo de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.

Essa citação é muito esclarecedora, para demonstrar a finalidade a que se propõe o Estado Democrático de Direito, principalmente porque, atualmente, é necessário que o processo penal seja democrático e justo, não permitindo que excessos e arbitrariedades. Nessa linha de pensamento, cumpre ter em mente a tendência de o poder se dilatar e espriar o máximo possível, tendendo ao infinito, o que não é admissível em países constitucionais que se orientam para garantir os direitos fundamentais.

Nesse passo, cabe assumir postura crítica quanto à função do Estado, quando da persecução penal, se haveria a mera intenção de aplicação do direito ao caso concreto, visão tradicional importada do Direito Processual Civil, ou se esse paradigma deve ser modificado.

⁶⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5 ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 365. disponível em português: “Contrariamente à idéia fantasiosa de Defesa Social, não é exagerado afirmar que o conjunto de penas conminadas na história produziu para o gênero humano, um custo de sangue, de vidas e de todas as humilhações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.”, *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p, 310.

Depois da estruturação do patamar em que se encontra a discussão, apresentam-se as classificações doutrinárias acerca da prova, obtida por meios ilícitos e as divagações doutrinárias pertinentes, abarcando também, de forma sucinta, pela brevidade do presente estudo, a teoria das árvores venenosas.

No capítulo final, enfrenta-se o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que deve ser analisado como o enfrentamento da busca irracional pela verdade, ignorando os ditames processuais e constitucionais processuais, o que traz a lume a análise da impossibilidade de intervenção corporal, sem consentimento do acusado.

1 – DO EXCESSO NO PODER DE PUNIR

Quando se confere ênfase à idéia de garantir os direitos dos indivíduos em uma sociedade, é necessária uma digressão acerca de como, historicamente se colocavam em prática algumas maneiras de persecução do cidadão acusado de alguma conduta tida como delituosa.

A limitação do poder público, no que concerne ao agir estatal frente ao cidadão deve ser analisada de acordo com a esfera de ingerência do Estado na liberdade do indivíduo, destacando-se em tal limitação o princípio do devido processo legal, que se apóia nas liberdades fundamentais do indivíduo⁶⁷⁷ e na restrição dos arbítrios estatais.

Nessa ordem de argumentação, merece relevo a identificação da ilicitude do meio para obtenção de provas e a vedação de produção de provas compulsoriamente permeia dois cortes históricos imprescindíveis: o período da Inquisição, em que se configurava a liberdade estatal plena e o momento de codificação do atual Código de Processo Penal, oriundo de 1941.

1.1 ARBITRARIEDADE COM FORMA PLENAMENTE AVILTANTE

Como sugerido, historicamente, o Estado atuou arbitrariamente de diferentes formas contra o indivíduo. Dessa forma, o princípio que se vincula com o resguardo da forma é o Devido Processo Legal, que, de origem esteve presente, quando da positivação na *Carta Magna Libertatum*, em 1215 por João Sem Terra, na Inglaterra. Claramente, tal disposição deveria inibir o poder do Rei soberano, beneficiando a segurança jurídica dos súditos, o que se transformou em modelo para os governos que tenham um mínimo de identificação com a democracia.⁶⁷⁸

Na parte final do artigo 39 da Carta das Liberdades, foi incluída a cláusula do devido processo que, por tradução livre, indica que:

⁶⁷⁷ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 5.

⁶⁷⁸ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 100.

*Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.*⁶⁷⁹

Entretanto, não foi nesse momento que houve a mudança efetiva dos arbítrios estatais, tão pouco na persecução penal. A *Court of Star Chamber* criada no século XV na própria Inglaterra, quando já era vigente o princípio do devido processo legal, existiu até o século XVII⁶⁸⁰, ilustrando tais arbítrios. Tal corte foi muito conhecida pelas táticas inquisitoriais e pela maneira desumana por meio da qual conseguia a confissão dos acusados.⁶⁸¹

Em 1628, uma petição do Parlamento Inglês requeria novamente que fossem observados os preceitos constantes na *Carta Magna Libertatum*; daí originando-se, em 1679, o *habeas corpus act*.⁶⁸²

Ainda quando se trata de arbítrios estatais no processo penal, cumpre contemplar a evolução da pena, haja vista a íntima relação entre o tratamento teórico e prático, conferido historicamente ao conceito e sua evolução no contexto do Direito Processual Penal. Esse vínculo já foi mencionado por Aury Lopes Jr.⁶⁸³, quando esclarece que o processo penal é o meio pelo qual se alcança a pena; ou seja, quando o Estado exercita o poder de punir, já que as mudanças da primeira se confundem com as mudanças do segundo.

Etimologicamente, pena deriva do latim *poena*, que remete à noção de castigo, sofrimento, mágoa; entretanto, atualmente, pelo menos no plano teórico, é direcionado a pelo menos um fim, qual seja, o de ressocializar o indivíduo, o que não existia em um Estado arbitrário e repressor.

Para focar a questão da arbitrariedade estatal, é oportuno recorrer a Michel Foucault⁶⁸⁴, quando se refere à pena de suplício de um condenado em 1757. O horrendo relato da pena capital trazido pelo citado autor serve para que se verifique o alcance da arbitrariedade estatal. Tal sistema de penalização não se preocupa com o fim da pena, sendo o acusado mero objeto de investigação.

Um dos relatos mais marcantes que pode ser trazido é o caso de Damians, que foi condenado por parricídio, sendo exposto ao ridículo, de camisola (considerado nu para os padrões da época),

⁶⁷⁹ SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great charter*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008. Na qual se disponibiliza uma foto da original e a tradução para o inglês.

⁶⁸⁰ VARGAS, João Protásio Farias Domingues De. *Direito Inglês (desenvolvimento histórico e organização judiciária)*. Disponível em: <http://paginas.terra.com.br/arte/protasiovargas/di_ring_art1.htm>, acesso em 25 de maio de 2008.

⁶⁸¹ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103

⁶⁸² *idem*, p. 106.

⁶⁸³ LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

⁶⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34 ed. Tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 2007, p. 09 a 10.

em seguida teve diversas partes arrancadas do corpo, com uma espécie de pinça utilizada para tortura, sendo aplicado chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo cera e enxofre nas aludidas partes. Em seguida, seu corpo teria sido esquartejado com o auxílio de seis cavalos e, posteriormente sendo queimado.⁶⁸⁵

Paulatinamente, o modelo tradicional de penalização refletiu-se na população que assistia aos espetáculos dos suplícios, tornando-se sensível com a situação do condenado. Nessa evolução, os juízes passaram a ser definidos como assassinos e o carrasco tornava-se similar ao criminoso, sendo que, no momento dos adágios, o criminoso era na verdade, a vítima, o que fazia “do supliciado um objeto de piedade e admiração”.⁶⁸⁶

No transcurso do tempo, cumpre salientar que as estatísticas indicam que o aumento da criminalidade não deriva de um Estado arbitrário ou protetor; mesmo com as penas de suplícios, a criminalidade aumentou, sendo certo que tais medidas não tinham eficácia para diminuí-la. Nesse diapasão, basta recordar que, no período que antecedeu a Revolução Francesa, em 1788, houve grande aumento da marginalidade por força da depressão econômica⁶⁸⁷, isso antes mesmo da ‘moderna’ codificação francesa de 1791⁶⁸⁸.

Além disso, a causa central da mudança da finalidade da prisão que, antes servia tão somente para custodiar o réu até a execução da pena, repousa no fato de que tal modelo penal causava apenas grande desperdício da mão-de-obra. Esses dados convergiram para a modificação do panorama para a privação de liberdade como fim, por força da influência do sistema capitalista⁶⁸⁹.

De acordo com Binder⁶⁹⁰, o sistema penal atua como forma de asseverar a desigualdade social, em função do fenômeno seletivo do sistema penal, através do processo de rotulação do comportamento de classes sociais desfavorecidas, com sua estigmatização, o que reforça a exclusão social.

Por força da tutela estatal da pena, não mais se pode admiti-la como reparação individual, substituída pela pena pública. Dessa forma, supera-se a perspectiva de atuação do Estado por meio de arbítrios e suplícios, com a intenção de reparar o delito praticado.⁶⁹¹ A tutela penal passa ao Estado, substituindo, portanto, a possibilidade de fazer justiça pelas próprias mãos, ou seja, “a relação entre processo e a pena responde às categorias de fim e de meio. Assim, nasce o processo penal”.⁶⁹²

⁶⁸⁵ *idem*, p. 01.

⁶⁸⁶ *idem*, p. 13.

⁶⁸⁷ HOBBSBAWN, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*; tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1982, p. 79.

⁶⁸⁸ FOUCAULT, op. cit., p. 11.

⁶⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade processual Vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

⁶⁹⁰ BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 87-88.

⁶⁹¹ LOPES JR., op. cit., p. 4.

⁶⁹² *idem*, *ibidem*.

Nessa linha evolutiva, verificou-se significativa transformação na perspectiva de perseguição do injusto penal. Aos poucos, o Estado assumiu a função de Estado Constitucional Democrático de Direitos⁶⁹³ e, com isso, os pensadores passaram a rechaçar vigorosamente os arbítrios estatais.

1.2. DO ARBÍTRIO PRESENTE NA FORMA – A FINALIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL

Não obstante as transformações paradigmáticas no âmbito processual penal, no sentido de respeito às garantias fundamentais, o Código de Processo Penal vigente no contexto brasileiro é oriundo de uma época ditatorial (03 de outubro de 1941), qual seja, o Estado Novo de Getúlio Vargas (1937 a 1945), que teve sua inspiração no Código Fascista de Rocco. Isso fica claro já na Exposição de Motivos, que traz em seu bojo diversos exemplos de arbitrariedades contra o réu.

Com essa codificação ditatorial, fica evidente que a função da persecução penal era a de tão somente aplicar a pena ao caso concreto; ou seja, assegurar o exercício do poder punitivo, em conformidade com os interesses do poder executivo daquela época.

À época, o procedimento não tinha o condão de diminuir o abuso, na verdade, ele não era visto como abuso, mas somente como fase postulatória. Como preconiza o artigo 567 do Código de Processo Penal, somente os atos decisórios poderão ser anulados, quando o procedimento foi iniciado por juiz incompetente.

Assim, os atos postulatorios e de instrução do processo não têm necessidade de ser acompanhados por juiz competente, seguindo-se a temática do Código de 1941, o que indica que a “verdade como meta da indagação não necessita do regime probatório; para descobrir a verdade não necessitamos de regras processuais. [...] Ao contrário, elas obstaculizam, molestam e entorpecem a busca da verdade”.⁶⁹⁴

Ora, não é somente a forma imposta que permitirá a cessação dos abusos, eis que é preciso ter em mente, que, em qualquer condição, o abuso poderá ocorrer. Se, dentro de um procedimento que entrou em vigor em um momento fascista, pensado tão somente para assegurar a aplicação da lei penal, não se pode admitir que o processo penal constituirá forma de contenção dessa aplicação da lei ao caso concreto.

Então, fundado no Código de Processo Penal de 1941, é cediço defender a tese de que a ilicitude do meio de obtenção da prova, ou, em outras palavras, a imposição de que o réu colabore com a investigação, “aceitando” a coação, para colaborar com a acusação na busca de subsídios para a condenação, por força desta ideologia, é algo extremamente normal.

⁶⁹³ De acordo com J. Gomes Canotilho, o Estado Constitucional moderno não se limita a um Estado de direito, eis que *ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo*. O mesmo autor acrescenta que *A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 98.

⁶⁹⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 61.

Porém, não se pode ignorar que o momento presente situa-se em outro modelo estatal, não mais naquele modelo autoritário, na autocracia de Getúlio Vargas, nem na autocracia militar, dominante há décadas na história da legislação pátria.

2 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

Como exposto, é necessário identificar que ambos os momentos escolhidos como paradigma metodológico de estudo, apresentam modelos em que o réu é coisificado; ou seja, o que importa para um estado ditatorial não é sua proteção, mas a consecução da condenação a qualquer preço.

Nesse sentido, se é correto afirmar que o Brasil atual é um Estado Constitucional, por opção democrática, fundada no Estado Social Democrático de Direito, deve-se preservar os direitos fundamentais aos indivíduos e grupos, para não incidir em hipocrisia, nem aforntar as bases principiológicas constitucionais.

Por este pressuposto, cumpre buscar bases teóricas que demonstrem o correto agir estatal. Nesse contexto, merece relevo a Teoria do Garantismo Penal, idealizada originalmente por Ferrajoli⁶⁹⁵. A opção que se utiliza como lente para análise da problemática que dá origem ao presente estudo será o Direito e Razão, estruturantes para um bom agir estatal.

Nesse sentido, precisa-se verificar que a persecução penal, através do Estado, acontece em dois momentos distintos: o primeiro, quando se prescreve a prática penal em abstrato, caracterizado pela Lei Penal Material e o segundo momento, no qual existe um fato concreto, a ser verificado isoladamente, tendo em vista a aplicação da lei ao caso concreto.

Na visão tradicional, que carregava em seu bojo a proximidade de Direito Processual Penal e Direito Processual Civil como ciência única, poder-se-ia pensar que o processo penal é o local de aplicação do direito ao caso concreto.

Todavia, cumpre proceder a análise distinta, já que, em um Estado Democrático de Direito, a preocupação no processo penal consiste em não só aplicar a lei ao caso concreto, mas especificamente, pensar que é o *locus ideal* para a preservação das garantias constitucionais do réu.

Não fosse suficiente, de acordo com o apresentado no capítulo anterior, parte-se da compreensão de que o poder não vislumbra ser controlado através da autopoiese; pelo contrário, busca derrubar qualquer barreira que se apresente para a concretização dos desideratos constitucionais.

Nesse passo, é criada a norma penal material, que toma a forma do Estado Repressor penal; ou seja, é a definição das políticas públicas que o Estado elege como as que vão assegurar e evitar que haja aviltamento a proteção deficitária. Em contrapartida, vem o processo penal, que não

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trota, 2004.

deverá se preocupar com políticas públicas, mas com o fato em espécie que se verifica em concreto, para aplicar ou não medidas constrictivas a liberdades individuais.

Ora, nos Estados absolutistas ou ditatoriais, a finalidade dos atos perpetrados pelo Estado será confundida com a vontade do seu autocrata; ou seja, é preservada a vontade de quem detém o dever de dirigir o Estado.

No Estado Democrático de Direito, não é muito diferente, havendo um distanciamento de que agora, não é no interesse de uma pessoa, ou um grupo isolado delas que deverá atuar o agir estatal, mas aquele que detém o poder. Tomando-se em consideração a etimologia, democracia se traduz pelos radicais *demo* que é traduzido por povo e *cracia*, governo.

Como o governo, que é do povo, pelo povo e para o povo deve preservar o interesse geral, há intrinsecamente a necessidade de se resguardar, por evidência, os direitos fundamentais, definidos para proteger o particular frente ao poder Estatal. E aqui se funda basicamente a razão para ditar o processo penal, permitindo que se efetivem as garantias protetoras do réu do exercício do poder de punir.

Com essa orientação teórica, as concepções tradicionais de Estado, apoiadas no princípio da autoridade, passam a sofrer mudanças. Estado Democrático de Direito implica, pois, a limitação da autoridade pela liberdade da sociedade, sendo este equilíbrio definido pela lei⁶⁹⁶. Cabe à lei, portanto, proteger o cidadão contra os possíveis abusos do Estado soberano em relação ao súdito que, até então, era apenas objeto da ação estatal e agora deve ser tratado como cidadão e sujeito de direitos e garantias.

O processo penal constitui resposta à exigência de racionalidade para efetivar o direito material, “portanto, só se justifica enquanto garantia da razão”, conforme esclarece Casara⁶⁹⁷.

O Estado é responsável, portanto, pela proteção do mais debilitado, simbolizado na pessoa do réu, não podendo permitir que ilegalidades; ou, melhor dizendo, que arbitrariedades e aviltamentos deixem de ser reconhecidos como nulos e reparados da melhor forma possível.

Com isso, o devido processo legal insere-se na malha principiológica constitucional, reconhecido como meta-regra do Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe ao Estado, na prestação jurisdicional, o dever de cumprir as regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que representam limite ao exercício do poder punitivo. Este princípio necessita de fundamento e mecanismos operacionais, capazes de lhe assegurar eficácia, respaldada no direito do réu à ampla defesa.

Nessa perspectiva analítica, cumpre trazer a lume um conjunto de garantias processuais que, coligadas à idéia de Estado Democrático Social de Direitos, funda a Teoria do Garantismo Penal,

⁶⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22-24.

⁶⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 100.

aqui tratada conforme formulação de Luigi Ferrajoli⁶⁹⁸, na direção de proteger o indivíduo do abuso estatal.

A teoria do Garantismo Penal, criada por Luigi Ferrajoli⁶⁹⁹ traz em seu bojo a idéia de assegurar proteção àquele que se encontra em situação de debilidade. Nesse sentido, todo aquele que se encontrar em situação de inferioridade deverá ter assegurada a máxima garantia, prevista em sede constitucional.

O Garantismo Penal não se preocupa com o mero legalismo, formalismo ou processualismo; antes disso, cuida de tutelar os direitos fundamentais a vida, liberdades pessoais, civis e políticas, na senda dos direitos individuais e coletivos, por se encontrar alicerçado na tutela dos direitos fundamentais.⁷⁰⁰

Dessa forma, no Processo Penal deve estar presente a idéia de racionalidade, de modo que o processo possibilite ao debilitado o mínimo sofrimento possível, seja a vítima de um delito, seja o acusado no curso do processo penal. Com base nessa premissa, criam-se leis, orientadas à máxima tutela dos direitos e, na falibilidade do juízo e da legislação, tem a intenção de tolher o poder punitivo, evitando qualquer tipo de violência arbitrária⁷⁰¹.

Observa-se que, para a tutela do cidadão, em conformidade com a própria finalidade da existência do Estado, é de incomensurável obrigatoriedade a adoção do garantismo penal, para um adequado tratamento do réu.

Nesse escopo garantista, a pena é tida como o mal menor, sendo menos aviltante e menos arbitrária, já que a vítima, realizando essa resposta penal, o faria de modo desproporcional. Em outras palavras, a pena é definida como o menor dos males, uma vez que a permissão ao tratamento arbitrário para a persecução daquele que delinqüiu poderia culminar em uma anarquia punitiva. Por esta razão, a persecução penal deve ser regrada dentro dos ditames constitucionais.⁷⁰²

Quando se pretende analisar o processo penal à luz da Constituição, não basta confrontar isoladamente atos normativos com dispositivos constitucionais pontuais, eis que se faz necessário analisar tal ato com fundamento em todo o sistema constitucional, que representa malha principiológica conexa.⁷⁰³

⁶⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 28-29.

⁶⁹⁹ FERRAJOLI, op. cit.

⁷⁰⁰ *idem*, p. 28-29.

⁷⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84.

⁷⁰² FERRAJOLI, op. cit., p. 335-336.

⁷⁰³ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Limite as interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, org. *Acesso a Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52.

O modelo garantista, *per se*, não seria suficiente, eis que demanda “uma reestruturação do sistema penal, de forma que a legalidade processual não mais potencialize a seletividade ou propicie o surgimento das cifras ocultas”.⁷⁰⁴

O próprio sistema penal nos estados periféricos, tal qual o Brasil, orienta-se pela lógica da exclusão; ou seja, negação do outro. Esse sistema, portanto, impõe um modo de ser e agir baseado em critérios de quase imobilidade social, o que leva à própria negação do Direito. É dentro da Constituição Dirigente com bases democráticas que se pode reverter tal quadro.⁷⁰⁵

Com essas premissas, avança-se para o próximo tópico, abordando limites ao agir estatal de forma a impedir que o Direito Penal sirva à lógica da exclusão, tornando imprescindível analisar substancialmente a limitação expressa da proibição de utilização da prova ilícita. Nessa linha de argumentação, é necessário identificar, não somente os casos clássicos, mas também aqueles que se encontram obscuros, por força da sua suposta legalidade.

3 – DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

3.1 PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO *LATO SENSU*

A prova obtida por meios ilícitos *lato sensu* comporta diferenciação doutrinária, pois se divide em provas que aviltaram normas materiais e processuais: a primeira recebe a designação de prova ilícita *stricto sensu* e a segunda é classificada como prova ilegítima.

É pertinente esclarecer, que prova, por si só, não comporta ilicitude. O presente estudo limita-se ao exame da utilização da prova obtida por meio ilícito.

De pronto, cumpre lembrar que não é a prova que é ilícita; mas o meio de sua apreensão. Ademais, provas obtidas ilegitimamente ou ilicitamente propiciam a mesma proteção pelo artigo 5º, que veda as provas obtidas por meio ilícito. A distinção entre ambas basicamente decorre do fato de que, quando a proibição é determinada por norma processual é ilegítima, quando disciplinada por normas materiais configura-se sua ilicitude. Apesar disso, para alguns⁷⁰⁶, haveria ‘sanção’ de nulidade, quando ocorresse infringência à primeira e a segunda acarretaria meramente sua inadmissão.

Scarance Fernandes⁷⁰⁷, ao tratar do tema, demonstra preocupação para encontrar suposto ponto de equilíbrio que proporcione subsídios para o Estado no sentido de proteger a sociedade

⁷⁰⁴ CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100.

⁷⁰⁵ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Intervenção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado*, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67.

⁷⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*. *As nulidades no processo penal*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 157-158.

⁷⁰⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P 84.

contra a crescente criminalidade e o resguardo do cidadão, na sua tranquilidade, intimidade, entre outras garantias.

Entretanto, o processo, *locus* ao qual se destina a prova obtida, não é o local para se discutir políticas públicas. Note-se que o processo de cunho acusatório, adequado ao Estado Democrático de Direito, deve proteger o indivíduo que tenha uma persecução iniciada contra si e não definir ponto de equilíbrio entre “armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada”⁷⁰⁸.

Nesse sentido, é possível verificar a busca do discurso fundante de tal doutrinador, que elege como princípio a verdade real⁷⁰⁹. A esse respeito, assumindo linha de entendimento contrária, defende-se que suposta *verdade real* é intangível e, no processo penal, só se aceita a argumentação de verdade formal, uma vez que a verdade, para o processo, abarca aquilo que for exposto claramente no mesmo, seguindo os ditames constitucionais.

Ada Grinover *et all*⁷¹⁰ evidenciam a mesma lógica de discurso, quando tratam da prova obtida por meio ilícito, eis que, quando tratam do método probatório e da legalidade da prova, afirmam que “a investigação e a luta conta (sic) a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira”.

Reitera-se que não há o que se falar em luta contra a criminalidade para o poder judiciário, no espaço do processo penal. O poder judiciário é convocado a decidir em face de casos concretos, posicionando-se a respeito da ocorrência ou não do alegado e qual o direito a ser aplicado ao caso em tela, à luz do que foi trazido ao processo. Adicionalmente, não se pode esquecer que, pela Lei Maior vigente, o processo é o espaço de aplicação das garantias ao réu, não sendo admissível acrescentar ao Judiciário a responsabilidade de usar o processo como recurso para empreender a luta contra a criminalidade, o que abarca o compromisso do ente estatal de definir políticas públicas de segurança em outro espaço de atuação.

3.2 PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO POR DERIVAÇÃO

Para tratar da ilicitude da prova, merecem relevo os casos em que a prova utilizada não padece de qualquer ilicitude, ou ilegitimidade, quando da sua obtenção; entretanto, ela é oriunda de prova anterior, obtida sem respeito aos ditames constitucionais, penais ou processuais.

Nessa circunstância, é esclarecedora a contribuição da Suprema Corte estadunidense acerca da teoria da *Fruits of the poisonous tree*, mal traduzida por *frutos da árvore envenenada*, denotando algo diferente, que a árvore poderia resultar bons frutos e foi maculada.

⁷⁰⁸ *idem, ibidem.*

⁷⁰⁹ *idem, ibidem.*

⁷¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all, op. cit.* 153.

No Brasil, conforme leciona Grandinetti⁷¹¹, a inadmissibilidade também contamina provas originadas de outras obtidas por meios ilícitos. Mas, se houver outra prova que dê suporte à acusação, pode-se mantê-la. O pensador em comento apóia esse posicionamento na teoria da inevitabilidade e acrescenta textualmente “se fosse inevitável chegar-se àquela mesma prova decorrente da ilícita, mas por outros meios lícitos, a prova deveria ser admitida no processo”.

Esse entendimento é compatível com a cultura ditatorial que imperou no Brasil em diversos momentos, tal qual a ditadura do Estado Novo, em que se promulgou o Código de Processo Penal, conforme esclarecido no capítulo 1, ou, ainda, da arbitrariedade perpetrada no período da ditadura militar.

Na tradução mais fidedigna, observa-se que a teoria é a do frutos da árvore venenosa; por isso, qualquer fruto que dali resulte será venenoso. A própria corte americana aceitou argumentos similares ao esposado anteriormente, que se dá na *inevitable discovery*, a “prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas”.⁷¹²

Note-se que há um problema intrínseco a essa interpretação. Se a teoria é a da árvore venenosa, e não envenenada, quando da utilização dessa árvore, todo aparato estatal fica contaminado. A árvore envenenada poderia ser salva; melhor, poderia até ter frutos livres do conteúdo do veneno, mas a árvore venenosa não permite este tratamento.

Quando o Estado permite tal tipo de interpretação acerca da utilização das provas derivadas daquelas obtidas por meios ilícitos, caminha no sentido oposto ao que requer o Estado Democrático de Direito. Note-se que ao Estado não é facultada a possibilidade de admitir provas obtidas ilicitamente nem direta, nem indiretamente.

Nesse sentido, é interessante a analogia trazida à reflexão por Manuel da Costa Andrade⁷¹³, quando exemplifica que, se ao particular é proibido receptor produtos que saiba ou deveria saber oriundos de roubo⁷¹⁴, muito menos ao Estado é permitido lançar mão de tal absurdo jurídico.

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se depreender ser vedado ao Estado o aproveitamento da prova obtida por meio ilícito, bem como da que for derivada de meio ilícito. Porém, essa premissa não funda a hipótese de utilização dos dois tipos de prova, na possibilidade de beneficiar um réu. Quando há a ponderação de princípios e/ou normas jurídicas, deve-se ter em mente que há valores resguardados pela Constituição, os quais prevalecem sobre os demais, em quaisquer circunstâncias.

Não se funda aqui a absolutização de determinados direitos fundamentais; apenas, defende-se que, quando se esteja diante de conflito que envolva tais regras ou princípios, é mandatório privilegiar os valores fundantes do Estado, que, no caso, seria o da Dignidade da Pessoa Humana.

⁷¹¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 97.

⁷¹² GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*, *op. cit.*, p. 163.

⁷¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁷¹⁴ Artigo 180 do Código Penal.

A dignidade resguarda a amplitude de defesa e, com mais rigor, a regra de manutenção da liberdade, que também compreende a presunção de inocência. Dessa forma, a ponderação que se impõe é que a utilização de tais provas se dê, efetivamente, quando há o aproveitamento *pro reo*. Então, se o particular utilizou meios ilícitos ou ilegítimos para obter provas que permitam sua absolvição, deverá ser aproveitada.

Quando se trata de garantia do acusado, a utilização dessas provas não poderá ser atribuída ao acusado, inexistindo-se conduta diversa, uma vez que o réu vislumbra que esta seria o único meio de comprovar sua inocência. A maioria da doutrina, como Scarance Fernandes, Ada Grinover, Grandinetti, já mencionados, entre inúmeros outros, tendem a esse entendimento.

Sobre a inexigibilidade de conduta diversa, resta reforçar a tese de utilização de provas obtidas por meios ilícitos para preservar o bem jurídico vida. Neste caso, já houve situações em que se soube, por meios escusos, de que algum crime ou conluio para a prática de crimes fossem descobertas e haveria a possibilidade de impedi-los.

Um exemplo fático sobre isso, trazido por Geraldo Luiz Mascarenhas Prado⁷¹⁵ de que houve uma quadrilha condenada pela então juíza Denise Frossard, que tramava atentado contra a vida desta última, do então presidente do Tribunal de Justiça Antonio Carlos Amorim e do Procurador Geral de Justiça da época. Nesse caso, o juiz da execução penal autorizou a interceptação telefônica, para impedir que tais crimes ocorressem, permitindo que se preservassem a vida de tais autoridades. Em momento seguinte, as interceptações instruíram o processo penal a fim de condená-los, o que ocorreu. Tais provas foram tidas como obtidas por meios ilícitos, os réus foram absolvidos deste novo caso, mas preservou-se o bem maior, a vida.

Note-se que não há o que se falar em absorção dessas provas para finalidade diversa da que se pretendeu, qual seja, a proteção da vida das autoridades e é nesse sentido que deve permear o tratamento das provas obtidas por meios ilícitos.

Wilson Paulo de Mendonça Neto⁷¹⁶ espousa a opinião de que a inadmissibilidade da prova derivada da ilicitamente obtida deve ser ponderada no sentido de dar amparo à coletividade e todas as vítimas.

Ingo Sarlet⁷¹⁷ defende que dessa maneira poder-se-ia preservar o princípio da proteção deficiente, o qual deveria ser verificado através do princípio da proporcionalidade. Entretanto, quando se recorre ao princípio da não proteção deficitária para casos dessa natureza, corre-se o risco de retornar ao Estado policial, meramente repressor. É importante ressaltar que, quando há um processo penal específico, a interpretação está dirigida ao conflito em exame e não à proteção da coletividade, não cabendo, como ressaltado o judiciário exercer essa parcela do poder estatal de promover a segurança pública.

⁷¹⁵ Trecho retirado de aula ministrada pelo professor Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, dia 07 de abril de 2009, turma de Processo Penal I, na Faculdade Nacional de Direito - UFRJ.

⁷¹⁶ MENDONÇA NETO, Wilson. P. 147. DISSERTAÇÃO

⁷¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, março-abril de 2004, ed. RT.

Este princípio tem sido aplicado à exaustão, quando do processo legislativo, não raro sob a pressão dos meios de comunicação de massa, ou de casos rumorosas toma a iniciativa de editar diversas leis penais atécnicas.

Por seu turno, no processo materializado, cumpre verificar especificamente se há provas de que ocorreram determinadas condutas típicas, específicas, factuais. Se o Estado não tem capacidade de colher a prova por meio lícito, legítimo e hábil para permitir um decreto condenatório, não vai ser com políticas públicas que vai efetivar a justiça.

Não é ferindo direitos e garantias individuais que se fará valer o mito da verdade real. O Estado, a partir do momento que editou determinadas regras para o proceder estatal para que se condene é necessário que esteja colhido prova suficiente para corroborar a alegação acusatorial, não pode ignorar tais regras e utilizar procedimento *sui generis* a seu bel prazer para condenar. Pensar (e agir) assim é permitir que se esquive da forma como garantia e perpetuar horrendos absurdos, os quais ferem de morte direitos e garantias. Foi justamente com apoio nessa ideologia repressiva penal que a Inquisição perpetrou todas as mazelas.

À luz dessas inferências, elaborou-se o próximo capítulo, onde se tratará do princípio do *nemu tenetur se detegere*, relacionado à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e as derivadas dela.

4 - NEMU TENETUR SE DETEGERE E A INADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO

As provas obtidas por meio ilícito têm seu caráter de inadmissibilidade definido pelo ordenamento jurídico pátrio, por ferir a Constituição, normas processuais penais ou, ainda, por desconsiderar a principiologia que permeia o processo penal em um Estado Democrático de Direito.

Para extrapolar o conteúdo da Constituição e de todos os direitos e garantias positivadas, deve-se analisar a finalidade da proteção do indivíduo frente à aquisição de provas obtidas por meios ilícitos. Como ressaltado no capítulo inicial, a lógica de busca da verdade e de uma provável condenação do acusado a qualquer preço tem suas raízes fincadas no interesse de se buscar a mítica verdade real, a meta precípua do procedimento.⁷¹⁸

Fundado na possibilidade de reconstruir um fato histórico com maior verossimilhança, franqueou-se ao Estado o máximo rigor na busca pela prova. Nesse passo, merece realce o Sistema Inquisitório, evidenciado na Inquisição, na qual a confissão representava a rainha de todas as provas. A tortura, durante a inquisição foi o método habitual e legítimo de prova no procedimento penal.⁷¹⁹

⁷¹⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 663.

⁷¹⁹ *idem*, p. 675.

Influenciado por suposta moral cristã, a confissão permitia ao acusado/condenado alcançar o perdão eterno, uma vez que não só permitia ao Estado, ou Igreja, descobrir a verdade, mas acima de tudo, deveria o mesmo pedir perdão em praça pública⁷²⁰, demonstrando redenção e, após a execução da pena, restabelecia-se o dano causado. Assim, não existia limitação à busca da verdade e era lícito qualquer meio, principalmente a tortura para a dita reconstrução dos fatos e confirmar uma suposta verdade.⁷²¹

Destarte, a verdade formalizada é o obstáculo necessário para que seja buscada com as limitações indispensáveis para um processo democrático. Não é demais repetir que o processo penal não reconstrói os fatos, Binder⁷²² esclarece que os fatos serão redefinidos, não havendo solução de conflitos, mas sim retirando o fato da esfera particular, do seio da sociedade e, em seguida, o reinstalando na sociedade, já com a sentença, com maior legitimidade, como uma leitura daquele fato.

Trata-se da antítese do modo de proceder da inquisição: o processo penal acusatório veda, por exemplo, a tortura e coações diversas. Binder⁷²³ identifica três níveis de proteção, a primeira (já explicada), tortura e coações, a segunda abrange as limitações que obrigatoriamente devem estar autorizadas previamente. O terceiro nível seria o da “*pura formalización. De ninguna manera puede ingresar información al proceso penal si no es a través de ciertos y determinados canales preestablecidos. Esto es lo que se denomina ‘legalidade de la prueba’*”.

Vê-se, então, que a análise da admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos está intrinsecamente relacionada ao princípio da ampla defesa. Para assegurar a autodefesa de algum acusado ou indiciado de práticas delitivas, é imprescindível resguardar os direitos mínimos conforme explicitado em momento anterior.

A autodefesa é exercida de duas maneiras, a primeira, mais evidente, abarca a autodefesa positiva, quando o acusado presta declarações ou atos que contribuam ou não com sua tese defensiva, incluindo-se, neste rol, a possibilidade de mentir, inventar fatos ou, principalmente o de ficar calado.

O Direito ao silêncio, portanto, é consectário lógico da ampla defesa. Ademais, ele decorre principalmente de outro princípio, situado entre o da ampla defesa e o de permanecer em silêncio sem prejuízo, que, no Brasil, é conhecido como princípio do *nemo tenetur se detegere*, traduzindo, da vedação da condenação compulsória, ou o direito de não se auto-incriminar.

Outra acepção deste princípio é o do *nemo tenetur se ipsum accusare* está presente no rol das provas obtidas por meios ilícitos. Uma vez identificado que determinado acusado foi torturado ou

⁷²⁰ FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 9.

⁷²¹ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 176.

⁷²² *idem*, p. 177.

⁷²³ *idem*, p. 178.

coagido, seja pelo delegado, seja pelo juiz, para confessar, esta prova padecerá de vício, passando a ser inadmitida no processo. Thiago Bottino do Amaral⁷²⁴ explicita:

A finalidade da garantia é claramente dotar o indivíduo de um *status* de intangibilidade pelo Estado no exercício de sua autodefesa. Logo, se a colaboração do investigado ou do acusado é indiferente ao Estado – que não deposita nessa fonte nenhuma expectativa crucial de demonstração da hipótese acusatória. (...) o legislador fez uma opção de proteger o indivíduo de pressões por parte dos agentes públicos ou do próprio sistema legal para que abra mão da possibilidade de não colaborar com a investigação ou instrução penal.

Claus Roxin⁷²⁵ defende que “*pertence a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de derecho que el imputado no tiene que inculparse a si mismo (nemo tenetur se ipsum accusare) y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado*”. O que deixa claro a finalidade do princípio.

É interessante ressaltar a identidade da vedação das provas obtidas por meios ilícitos com o princípio de vedação da condenação compulsória. Por força da cultura inquisitorial, deve-se ter em mente que não é lícito obrigar o acusado a colaborar com qualquer ato instrutório, principalmente, os que carregam valor probatório para os requerimentos do acusador.

Tal qual não se pode vislumbrar mais em um processo a tortura para se encontrar provas, que é muito fácil de se evidenciar, com muito mais rigor deve-se analisar se a obrigatoriedade de colaborar com o pleito condenatório será admissível, em um processo; ou seja, se o acusado é obrigado a fornecer material, genético, grafotécnico, audiofônico, até o seu próprio bafo.

A identificação da função desse princípio no processo penal acusatório é esclarecida pelo criador da Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli esclarece que “*Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio*”⁷²⁶ É por meio desta máxima que “o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa”, como bem ressalta Aury Lopes Jr.⁷²⁷

A autodefesa é direito disponível e se o acusado, ou indiciado, consentir intervenções no sentido de fornecimento de material genético diretamente do seu corpo, aí estará permitido ao poder público seu uso. Entretanto, quando houver recusa, deve-se trazer a lume a presunção de inocência

⁷²⁴ AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 98.

⁷²⁵ ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 59.

⁷²⁶ Ferrajoli, p. 608.

⁷²⁷ LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 353.

que permeia o processo penal, em havendo a recusa, esta não poderá ser interpretada desfavoravelmente, já que o direito de defesa não pode ser limitado em qualquer hipótese. Esse ponto de vista encontra respaldo em Aury Lopes Jr, quando afirma que:

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso.
728

A carga da prova que existe no Processo Civil não pode imperar no Direito Processual Penal, uma vez que, como esclarecido, a presunção é de inocência e pensar o contrário é presumir sua culpa e ferir o âmago da Constituição, e, em casos cíveis de investigação de paternidade, por exemplo, se discute o princípio fundamental da paternidade, e ao que tudo indica, porque resguardar um suposto direito fundamental de colaborar com a sua própria acusação?

Nesse sentido, são elucidativas as seguintes considerações de Antônio Magalhães de Gomes Filho⁷²⁹:

Mas, o que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. (...) no âmbito criminal, diante da presunção de inocência não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas nem de sua negativa inferir a veracidade do fato.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁷³⁰ defende que não haveria um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, salvo se violasse a dignidade humana. Assim compreendido o dilema, o acusado poderia ser obrigado a colheita de impressões digitais, recolhimento de cabelos, coleta de urina ou de sangue, uma vez que o ser humano faz isso normalmente para outros fins.

⁷²⁸ *idem*, p. 356.

⁷²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães de. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 119.

⁷³⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?*, in PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas e MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 359.

Entretanto, a finalidade a que se dirige a colheita de material humano, do acusado responde a um fim diferente do que exames e preservação do asseio pessoal, eis que se trata de objeto para perícia em processos que versam como acusados, seja no âmbito processual penal, ou até em processos administrativos em que penda acusação ao mais débil.

Depreende-se pois que a finalidade dessa colheita a define como prova ilícita, principalmente quando não se proporciona o consentimento do acusado ou indiciado, ou ainda, que materiais genéticos não tenham sido colhidos em busca e apreensão deferida por autoridade competente e tais materiais genéticos estivessem no local onde foi realizada a diligência, nunca, jamais material genético que ainda pertence ao réu.

Obrigar o acusado a abrir mão de parte de seu corpo, efetivamente, que ainda pertence a ele e compõe todo o seu conjunto é efetivamente aviltante ao direito de não se auto-incriminar, já que, em casos pontuais, não raro o acusado depara-se com a dificuldade de se obstaculizar tal imposição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premente necessidade de verificação da proibição da auto-incriminação e a ilicitude do meio obtido da prova implica ressaltar que, se a perseguição daquele que seria o criminoso, utilizou-se meio para obtenção de verdade a qualquer custo, o processo penal está eivado de ilicitude.

Foi justamente a busca insana da suposta verdade real que abriu espaço à tortura, a adágios e derramamento de sangue, tão caros à expansão do poder, no seio de uma ideologia em que o réu constituía mero objeto da acusação.

Como demonstrado ao longo do artigo, a forma pode ser utilizada de maneira aviltante, ou protetiva, claro obstáculo à consecução da mítica verdade, impedindo que qualquer meio para obtenção dela se limite, no sentido de que a finalidade do processo penal seja compatível com os princípios fundamentais em um Estado Democrático de direito. Nessa linha de pensamento, cumpre reverter essa linha interpretativa, de maneira que a nunca se deixe de avaliar se tal ato avilta ou não as garantias individuais.

No decorrer do trabalho, também se contemplaram as terminologias e distinções doutrinárias acerca do meio de obtenção da prova, da sua ilicitude e, por fim, da prova derivada da obtida por meio ilícito, que se identifica diretamente com o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A vedação da auto-incriminação compulsória é princípio chave para saber se um sistema processual é democrático ou autoritário; ou seja, a sua utilização e a sua dilatação ou limitação demonstrará se tal ordenamento corresponde efetivamente a um sistema justo.

Nesse sentido, não há possibilidade de transigência, uma vez que o Brasil constitui um Estado Constitucional Democrático de Direito o que remete, especificamente à impossibilidade de

afastamento da máxima processual penal que veda a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Para que não parem dúvidas, reforça-se a tese de que, não há como afastar tal princípio, que torna inaceitável qualquer coação, obrigatoriedade ou coação do réu para que o mesmo colabore, retirando a carga probatória do Ministério Público.

Ressalta-se que, com alicerce na premissa da busca da verdade perpetraram-se crimes muito mais graves do que aqueles de que os réus eram acusados. Com tais práticas, como demonstrado por muitos estudiosos do tema, inclusive em perspectiva da evolução da sociedade e do exercício do poder exacerbado de um grupo hegemônico sobre outros, mais vulneráveis, espalhou-se o medo e veio à tona a face mais perigosa e cruel do homem. Num Estado Democrático de Direito, não mais se pode admitir nem em pesadelo a persistência dessas formas de domínio, o que nos remete à citação trazida na introdução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

_____. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5 ed. Madrid: Trotta, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34 ed. Tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 2007.
- HOBBSBORN, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*; tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1982.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *As nulidades no processo penal*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães de. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade processual Vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Intervenção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a constituição dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, org. Acesso a Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROXIN, Clauss. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, março-abril de 2004, ed. RT.
- SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great charter*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VARGAS, João Protásio Farias Domingues De. *Direito Inglês (desenvolvimento histórico e organização judiciária)*. Disponível em: <http://paginas.terra.com.br/arte/protasiovargas/di ring_art1.htm>, acesso em 25 de maio de 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

INFLUÊNCIA AMERICANA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

AMERICAN INFLUENCE ON THE REFORM OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

ODILON ROMANO NETO

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal Substituto em Volta Redonda/RJ

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a disciplina das provas ilícitas e do procedimento de inquirição de testemunhas, no processo penal brasileiro anterior e posterior às reformas do Código de Processo Penal ocorridas no ano de 2008, bem como sua disciplina no direito processual penal norte-americano, de forma a demonstrar que o regramento adotado no direito brasileiro a partir da edição das Leis 11.689, 11.690 e 11.719 sofreu grande influência do direito americano, em especial no tratamento das provas ilícitas por derivação, com a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada e as respectivas exceções da fonte independente e da descoberta inevitável e, ainda, no tocante à inquirição de testemunhas, com a adoção do sistema de inquirição direta e cruzada.

Palavras-Chave: Provas Ilícitas, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, Testemunhas, Inquirição Direta, Inquirição Cruzada.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the regulation of illegal evidence and of the procedure for examination of witnesses, in the brasilian criminal procedure before and after the reforms of the Criminal Procedure Code occurred in 2008, as well their discipline in the american criminal procedure, in order to demonstrate that the rules adopted in brasilian law after the edition of the Laws 11.689, 11.690 e 11.719 has suffered great influence from the american law, specially in the treatment of the illegal derivative evidence, with the adoption of the fruits of the poisonous tree doctrine and the respective independent source and inevitable discovery exceptions and also with regart to the examination of witnesses, with the adoption of the direct- and cross-examination system.

Key Words: Illegal Evidence; Fruits of the Poisonous Tree Doctrine; Witnesses; Direct Examination, Cross Examination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As provas ilícitas no processo penal brasileiro – 3. As provas ilícitas no processo penal norte-americano – 4. O tratamento das provas ilícitas na reforma do código de processo penal – 5. A inquirição de testemunhas no código de processo penal brasileiro – 6. A inquirição de testemunhas no processo penal norte-americano – 7. A inquirição de testemunhas na reforma do código de processo penal – 8. Conclusão - Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A busca do bem comum de seus cidadãos é um dos vetores axiológicos que orientam a atuação do Estado e justificam sua existência, não sendo outra a razão pela qual a Constituição Federal de 1988 incluiu a “*promoção do bem de todos*” e a “*construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

O alcance desse objetivo passa, dentre outros meios, pela construção de um arcabouço jurídico capaz de prover o Estado e a sociedade de segurança e estabilidade nas relações desenvolvidas nas mais diversas searas da atividade humana, inclusive pela instituição de um mecanismo eficiente de solução de conflitos.

No âmbito do direito processual, essa busca de aperfeiçoamento tem se manifestado por meio de inúmeras reformas processuais havidas ao longo de décadas.

Embora intensificadas as reformas processuais nas últimas duas décadas, sobretudo no que diz respeito ao direito processual civil, é certo que o fenômeno não é recente.

Com efeito, para corroborar tal afirmação desnecessário se faz regredir muito na busca de antecedentes históricos ou enveredar-se por searas distantes da lida diária. Há um diploma legal de fundamental importância e que se insere no cotidiano da grande parte dos operadores do direito que o demonstra: o atual Código de Processo Civil, datado de 1973.

Já a mensagem de encaminhamento de seu projeto ao Congresso Nacional evidenciava o propósito de aperfeiçoamento do sistema estatal de solução de conflitos:

Na Reforma das leis processuais [...] cuida-se [...] conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito [...] com economia de tempo e despesas para os litigantes.

Este excerto nos dá uma idéia bastante nítida do quanto já se fazia presente naquela ocasião a preocupação em empreender uma reforma que se orientasse pelos princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, com economia de tempo e de recursos, evidenciando que o aperfeiçoamento do sistema oficial de solução de conflitos é um dos pilares necessários ao progresso social e ao alcance do bem comum.

Na mesma linha a Exposição de Motivos do CPC de 1973, da lavra do então Ministro da Justiça, o jurista Alfredo Buzaid, contém, na sua abertura, conhecida citação de Chiovenda: “*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*”⁷³¹.

Na busca desse aperfeiçoamento de seu arcabouço jurídico, não raro os Estados buscam no direito estrangeiro experiências exitosas e que possam ser incorporadas aos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

⁷³¹ . CHIOVENDA, Giuseppe - *La riforma del procedimento civile* – Roma – 1911 – p. 04 *apud* BUZOID, Alfredo – *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*.

No âmbito do direito processual civil, dentre muitos exemplos que poderiam ser citados, dois podem ser destacados como paradigmáticos da influência que o direito estrangeiro muitas vezes exerce nas reformas legislativas empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro: a introdução da audiência preliminar, mediante alteração do artigo 331 do CPC pela Lei 8.952/94, e o desenvolvimento do microsistema dos Juizados Especiais (Leis 9.099/95 e 10.259/01), como alternativa para a solução de conflitos de menor expressão econômica ou de menor complexidade.

A audiência preliminar ou audiência de conciliação, introduzida no processo civil brasileiro pela Lei 8.952/94, que alterou a redação do artigo 331 do CPC, como nos dá notícia o renomado professor fluminense José Carlos Barbosa Moreira, encontra como fonte de inspiração a *erste Tagsatzung*, prevista no Código de Processo Civil austríaco de 1895⁷³² e concebida pelo jurista Franz Klein⁷³³.

Já os Juizados Especiais têm como principal fonte de inspiração o direito norte-americano, no qual encontramos as primeiras referências a *pequenas causas* e à criação de órgãos judiciais especialmente voltados à sua resolução, como forma de ampliar o acesso à justiça.

Com efeito, foi justamente nos Estados Unidos, em 1934, que surgiu em Nova York o primeiro Juizado de Pequenas Causas, então denominado *Poor Man's Court* e cuja competência se voltava ao julgamento de causas de pequeno valor, assim consideradas aquelas inferiores a cinquenta dólares⁷³⁴.

A experiência de Nova York se difundiu nos Estados Unidos, dando origem às atualmente denominadas *Small Claim Courts*⁷³⁵ e chegando por fim ao direito brasileiro com a Lei 7.244/84, que tratou dos então chamados Juizados Especiais de Pequenas Causas, posteriormente sucedida pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, que trataram dos Juizados Especiais Cíveis, na esfera estadual e federal respectivamente.

Este fenômeno de incorporação de experiências do direito estrangeiro pode ser igualmente verificado na esfera do direito processual penal, em especial nas reformas legislativas levadas a cabo pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas editadas no ano de 2008 e que alteraram o Código de Processo Penal.

Nesse contexto, especial relevância adquire o direito norte-americano, haja vista que uma análise sistemática das leis referidas permite identificar ao menos dois pontos em que o nosso legislador buscou inspiração no sistema processual penal dos Estados Unidos.

De um lado, o tratamento legal das provas ilícitas, tal qual introduzido pelas leis que reformaram o Código de Processo Penal, espelha em muitos aspectos a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) do direito norte-americano.

⁷³² . BARBOSA MOREIRA (2004) – p. 61.

⁷³³ .BARBOSA MOREIRA, (2007) – p. 105.

⁷³⁴ . PEREIRA (2004) – pp. 19/20.

⁷³⁵ . *Idem, ibidem*.

De outra parte, o sistema de inquirição direta de testemunhas por advogados e membros do Ministério Público, outro importante ponto da reforma, encontra como principal fonte de inspiração o sistema de *cross-examination* do direito norte-americano.

O presente trabalho tem por proposta justamente analisar esses dois importantes pontos da reforma empreendida no ano de 2008 em nosso Código de Processo Penal e demonstrar de maneira analítica a influência do direito norte-americano no tratamento por ela conferido às provas ilícitas e à forma de inquirição de testemunhas.

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 contém, no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, dispositivo expresso vedando a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, qual seja, o artigo 5º, inciso LVI (“*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”).

Em outras palavras, as provas obtidas por meios ilícitos são *provas vedadas*⁷³⁶ em nosso sistema jurídico pela própria Constituição, na medida em que produzidas em contrariedade material ou formal com norma decorrente de dispositivo legal.

Assim, a título de exemplo, é ilícita a prova obtida em diligência de busca e apreensão realizada sem prévia autorização judicial ou, ainda, em diligência de busca e apreensão domiciliar realizada em período noturno, pois em qualquer dessas situações, haverá clara violação à norma jurídica que veda, de um lado, a realização de buscas e apreensões sem ordem judicial ou, de outro, sua realização no horário noturno. Da mesma forma, ilícitas se afiguram a confissão obtida mediante tortura ou uso de substâncias entorpecentes na pessoa do investigado.

Essa regra constitucional, como bem acentuou Eugênio Pacelli de Oliveira⁷³⁷, além de seu valor no processo penal, enquanto garantia voltada à preservação de direitos fundamentais do indivíduo sujeito à persecução penal, cumpre ainda, em termos de política criminal, uma função também de fundamental importância, que é a de atuar no “*controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção*”, função que o próprio autor qualifica como *eminentemente pedagógica*.

Não obstante a vedação constitucional acerca da utilização de provas ilícitas no processo, o Código de Processo Penal brasileiro, na redação vigente até a edição das leis reformadoras do ano de 2008, não havia conferido qualquer tratamento ao tema, de forma que questões de fundamental importância, tais como a das provas ilícitas por derivação e da descoberta inevitável, careciam de fundamento normativo, recebendo tratamento numa seara unicamente doutrinária e jurisprudencial, a partir da experiência sobretudo do processo penal norte-americano.

⁷³⁶ . CAPEZ (2000) – p. 30.

⁷³⁷ . OLIVEIRA (2009) – p. 299.

As provas ilícitas por derivação são aquelas que, em si mesmas, não contêm uma contrariedade à norma jurídica, mas cuja produção foi possível em razão de anterior ilicitude.

Assim ocorre, por exemplo, se a autoridade policial procede a uma interceptação telefônica, sem a necessária autorização judicial, e, como consequência, vem a descobrir o local onde armazenados produtos de origem ilícita, os quais são posteriormente apreendidos com base em mandado judicial regularmente expedido.

A busca e apreensão em si mesma não se afigura ilícita, eis que realizada com base em ordem judicial; não obstante, a identificação do lugar em que a busca foi realizada apenas se deu em razão da ilícita interceptação telefônica realizada. Nesse contexto, haveria de se determinar em que medida esta ilicitude originária contamina a prova licitamente produzida pela apreensão e, ainda, se a vedação constitucional de provas ilícitas alcança ou não as provas derivadas de ilícitas, como no exemplo dado.

Essa discussão, como já se expôs, passou ao largo do Código de Processo Penal, que nada dispôs acerca das provas ilícitas, encontrando no direito brasileiro anterior às reformas processuais do ano de 2008 uma abordagem unicamente doutrinária e jurisprudencial, a partir da construção feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos conhecida como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada).

A ausência de um tratamento legal específico dessas questões, no entanto, propiciava terreno fértil para polêmicas relativas ao alcance da cláusula constitucional de vedação das provas ilícitas e, ainda e em especial, quanto ao alcance da própria noção de *derivação*⁷³⁸, quando aplicada ao tema das provas ilícitas, ou seja, em que medida é possível afirmar que determinada prova *derivou* de outra considerada ilícita.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado anterior às reformas processuais ocorridas no ano de 2008⁷³⁹, havia rejeitado – em julgamento não unânime – a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Neste caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade policial realizou, durante largo período, interceptação telefônica dos réus, com autorização judicial, logrando identificar o lugar onde estes armazenavam drogas, que veio então a ser regularmente apreendida, realizando-se ainda a prisão em flagrante dos acusados.

Não obstante a existência de autorização judicial, o Supremo Tribunal Federal - com exceção do Ministro Paulo Brossard⁷⁴⁰ - considerou ilícita a interceptação telefônica, ao argumento de que à

⁷³⁸ . OLIVEIRA (2009) – p. 315.

⁷³⁹ . STF - HC 69.912/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ de 23/11/1993 – p. 321.

⁷⁴⁰ . Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard elaborou interessante construção interpretativa para sustentar que o texto constitucional, em sua integralidade, ao qual se agregavam tratados internacionais dos quais o Brasil era signatário, tornava o combate ao tráfico de drogas questão tão prioritária, que seria inescapável ao legislador infraconstitucional incluir, dentre as hipóteses em que a interceptação telefônica seria juridicamente autorizada, a repressão a esta modalidade de crime, de sorte que seria lícito ao Judiciário – ainda que inexistente regulamentação legal – deferir a interceptação telefônica em tais casos.

época ainda não havia sido regulamentado o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, de forma que qualquer interceptação telefônica – ainda que contasse com autorização judicial – seria vedada pela Constituição.

Adicionalmente, discutiu-se no Supremo se a ilegalidade das interceptações telefônicas contaminava a busca e apreensão realizada no local cuja identificação se deu justamente em razão das interceptações, situação que nitidamente configura campo de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em seu voto, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence defendeu expressamente a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, de forma a que fossem excluídas do processo não só as interceptações telefônicas, mas também a prova decorrente das buscas e apreensões, na medida em que estariam estas contaminadas pela ilicitude daquelas, sendo em seu entender a teoria do *fruits of the poisonous tree* a “única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.

Não obstante o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence tenha contado com a adesão dos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal acabou por rejeitar a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, sendo de se ressaltar, no tocante a essa rejeição, o voto do Ministro Sydney Sanches, segundo o qual “*pouco importa que tais provas só tenham sido possíveis depois da alegada violação ilícita do sigilo telefônico*”, pois tal questão haveria de se resolver unicamente no plano da responsabilização civil e administrativa dos responsáveis, não ficando por isso “*invalidadas todas as demais provas posteriormente obtidas*”.

Também o Ministro Moreira Alves, em seu voto, destacou que “*se num processo houver provas lícitas e provas ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se chegue à absolvição por falta de provas, ou para que se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas*”.

É certo que, após a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard e subsequente ingresso no STF do Ministro Maurício Correia, a posição da Corte Maior, como nos dá notícia Fernando Capez⁷⁴¹, passou a ser a de reconhecer também a inadmissibilidade das provas lícitas derivadas de provas ilícitas (cf. HC 72.588/PB, HC 73.351/SP, HC 74.116/SP e HC 76.641/SP).

Essa nova orientação do Supremo Tribunal Federal, porém, não invalidava a conclusão de que a ausência de um maior detalhamento no plano normativo infraconstitucional criava um ambiente de absoluta insegurança jurídica a respeito do tema, eis que qualquer dos posicionamentos a respeito da teoria dos frutos da árvore envenenada contava com adesão quase idêntica dentre os Ministros integrantes daquela Corte.

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

⁷⁴¹ . *Op. cit.*, p. 32.

A doutrina das *Exclusionary Rules*

A quarta emenda⁷⁴² à Constituição Federal americana estabelece a garantia de inviolabilidade de pessoas, residências e papéis contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*), só podendo se proceder a tais medidas mediante mandado judicial de prisão (*arrest*) ou busca e apreensão (*search and seizure*) fundado em indícios robustos (*probable cause*). A quinta emenda⁷⁴³, por sua vez, estabelece a garantia da liberdade pessoal, o direito à não auto-incriminação e a garantia do devido processo legal.

A doutrina desenvolvida a partir da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana acerca da inadmissibilidade da utilização, no processo, de provas obtidas em desrespeito a essas garantias constitucionais é denominada, no direito norte-americano, de *exclusionary rules*⁷⁴⁴.

A Suprema Corte, inicialmente, em razão de uma compreensão radical do princípio federativo, entendia que as *exclusionary rules* se aplicavam unicamente às provas obtidas ilicitamente por autoridades policiais federais, não se aplicando as restrições da quarta emenda às provas obtidas por agentes policiais estaduais (*Weeks v. United States*⁷⁴⁵)⁷⁴⁶.

Tal entendimento da Suprema Corte ligava-se à própria origem das oito primeiras emendas à Constituição Federal americana, conhecidas como *Bill of Rights*.

Com efeito, tendo as colônias americanas se libertado do domínio inglês, preocuparam-se os delegados dos recém-criados Estados em estabelecer um corpo de garantias, a fim de que não caíssem os Estados e o povo sob o jugo do Governo Federal. A Carta de Direitos (*Bill of Rights*), dessa forma, foi concebida como um conjunto de garantias inseridas na Constituição com o fim de

⁷⁴² “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (Numa tradução livre: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios razoáveis, confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”).

⁷⁴³ . “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (Numa tradução livre: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou em sua integridade física; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”).

⁷⁴⁴ . “The exclusionary rule is a criminal defendant’s remedy for a violation of his or her constitutional (Fourth, Fifth, or Sixth Amendment) rights by police. The remedy entitles the criminal defendant to have all evidence obtained as a result of the violation excluded from his or her trial” (Numa tradução livre: “A regra de exclusão é um remédio à disposição do acusado em caso de violação de seus direitos constitucionais (Quarta, Quinta ou Sexta Emendas) pela polícia. O remédio assegura ao acusado a exclusão do seu processo de toda evidência obtida como um resultado dessa violação.”) (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 228).

⁷⁴⁵ . 232 U.S. 383, 34, S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

⁷⁴⁶ . WAYNE; JEROLD; NANCY – p. 106.

proteger os cidadãos contra a opressão do Governo Federal, sendo portanto, como entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos originalmente, inaplicável aos atos praticados pelos Governos Estaduais⁷⁴⁷.

Tal cenário veio a mudar após a Guerra Civil americana, com a aprovação, em 1868, da 14ª Emenda à Constituição Americana⁷⁴⁸, que estendeu aos Estados à garantia do *due process of law*, fornecendo à Suprema Corte norte-americana subsídios para que pudesse ampliar sua interpretação acerca da aplicabilidade da *Bill of Rights*⁷⁴⁹.

Assim, em 1927, a Suprema Corte passou a entender que as *exclusionary rules* também se aplicavam às autoridades policiais estaduais, sempre que houvesse participação na diligência de oficiais federais ou que a diligência fosse praticada para fins federais (*federal purposes*)^{750 751}.

Posteriormente, alicerçada também na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, a Suprema Corte passou a entender que muitas das garantias constitucionais previstas nas oito primeiras Emendas seriam igualmente oponíveis aos atos praticados por agentes dos Estados, dentre elas as garantias contidas na Quarta e na Quinta Emendas (*Wolf v. Colorado*, *Rochin v. California* e, em especial, *Elkins v. United States*⁷⁵² e *Mapp v. Ohio*⁷⁵³).

Dessarte, a Suprema Corte norte-americana, desde *Mapp v. Ohio*, sedimentou uma interpretação ampla das *exclusionary rules*, de forma a considerar inadmissível uma prova obtida em desconformidade a garantias constitucionais, quer seja (1) apresentada perante uma Corte Federal, ainda que obtida por agentes estaduais, (2) apresentada perante uma Corte Estadual, ainda que obtida por agentes federais ou (3) apresentada perante a Corte de um Estado, embora obtida por agentes de outro Estado.

Evidentemente, o principal objetivo das *exclusionary rules* é impedir buscas e apreensões desarrazoadas (*Wolf*, *Elkins* e *Mapp*, além do posterior *Linkletter v. Walker*⁷⁵⁴), desencorajando as autoridades policiais de violar a Constituição⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷. KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 20.

⁷⁴⁸. “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (numa tradução livre: “Nenhum Estado poderá aprovar ou executar qualquer lei que possa restringir os privilégios ou imunidades dos Estados Unidos; nem deve qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”).

⁷⁴⁹. KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 23.

⁷⁵⁰. *Byars v. United States* (273 U.S. 28, 47 S Ct. 248, 71 L.Ed. 520) (1927) e, ainda, *Gambino v. United States* (275 U.S. 310, 48, S. Ct. 137, 72 L.Ed. 293) (1927), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 109.

⁷⁵¹. WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 106.

⁷⁵². O caso *Elkins v. United States* é particularmente representativo dessa evolução na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, na medida em que nele houve específica negativa da denominada *silver platter doctrine*, ou seja, da doutrina segundo a qual evidências ilegais seriam admissíveis em cortes federais, quando obtidas por agentes dos Estados. (*Idem*, p. 107).

⁷⁵³. Em *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte entendeu que as provas obtidas em desconformidade com as garantias estabelecidas na quarta e na quinta emendas da Constituição Federal eram igualmente inadmissíveis perante as cortes estaduais (*idem, ibidem*).

⁷⁵⁴. 381 U.S. 618, 85 S. Ct. 1731, 14 L. Ed. 2d 601 (1965), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 108.

Assim, como assentou a Suprema Corte em *Burdeau v. McDowell*⁷⁵⁶, a Quarta Emenda e as *exclusionary rules* dela decorrentes surgiram historicamente com a finalidade de impor limites à atuação de agentes estatais e, portanto, têm como principal propósito conter a ação de tais agentes, em prol de liberdades individuais.

Não obstante, há outros propósitos igualmente destacados na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana⁷⁵⁷.

Assim, por exemplo, entende a Suprema Corte norte-americana que as *exclusionary rules* são também um imperativo da integridade judicial, impedindo que o Judiciário se torne cúmplice do descumprimento da Constituição e, ainda, um imperativo da própria confiabilidade no Governo, na medida em que mostra ao cidadão que o governo não vai se beneficiar de uma conduta ilegal⁷⁵⁸.

Na Suprema Corte norte-americana, assim como se deu no Supremo Tribunal Federal brasileiro, houve posicionamentos contrários à exclusão das provas ilicitamente obtidas, como é de se destacar o posicionamento do *Chief Justice Burger*, que no julgamento *Bivens v. Six Unknown named Agents*⁷⁵⁹ sugeriu que as provas fossem admitidas em juízo, assegurando-se de outra parte às vítimas da violação à garantia constitucional um direito à reparação civil.

Tais entendimentos, no entanto, não prevaleceram na Suprema Corte norte-americana⁷⁶⁰, que, a despeito de variadas críticas (paralisação da atividade policial, benefício a culpados e outras), consolidou o entendimento de que as provas ilícitas não são admissíveis no processo, devendo ser dele excluídas (*exclusionary rules*), ainda que em alguns casos tenha a Suprema Corte dado alguma margem de admissão a tais provas⁷⁶¹.

⁷⁵⁵ . *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 115 S.Ct. 1185, 131 L. Ed. 2d 34 (1995), *apud* KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) –p. 228.

⁷⁵⁶ . 256 U.S. 465, 41 S.Ct. 574, 65 L.Ed. 1048 (1921), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* – p. 120.

⁷⁵⁷ . WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - pp. 107/108.

⁷⁵⁸ . *Idem, ibidem.*

⁷⁵⁹ . 403 U.S. 388, 91 S. Ct. 1999, 29 L.Ed. 2d 619 (1971), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 109.

⁷⁶⁰ . Quando afirmamos que tal entendimento não prevaleceu, não queremos dizer com isso que a Suprema Corte tenha negado o direito à reparação civil da vítima da violação de uma garantia constitucional, mas apenas que a Suprema Corte pretendeu assentar que a discussão não se esgota na reparação civil, gerando a ilicitude também uma repercussão processual, qual seja, a inadmissibilidade da prova. No tocante à reparação, é importante destacar que o Código dos Estados Unidos (USCA), na Seção 1983, Título 42, assegura que todo aquele que houver violado garantia estabelecida na Constituição, poderá ser demandado e responsabilizado em juízo como causador do dano por aquele que o sofreu (*Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress [...]*). Esse é o suporte legal para uma ação de responsabilidade civil por violação de garantia constitucional, a ser movida em face de agentes públicos municipais ou estaduais, principalmente policiais (promotores são imunes em sua atuação). No caso de violações praticadas por agentes federais, embora inaplicável a seção 1983, é possível buscar a responsabilização do agente policial federal, com base em entendimento jurisprudencial da Suprema Corte (*Bivens v. Six Unknown Named Agents*) e é possível, ainda, responsabilizar o governo com base em Lei aprovada em 1974, que impôs ao Governo uma responsabilidade subjetiva.

⁷⁶¹ . Assim, por exemplo, em *United States v. Leon* a Suprema Corte entendeu que são admissíveis as provas obtidas com base em mandado de busca e apreensão judicial que posteriormente se revele desprovido de suporte razoável, pois as cláusulas de exclusão se dirigem à atividade policial e não a corrigir erros dos juízes, havendo de se pesar custos e benefícios da adoção das *exclusionary rules* em tais situações. (WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 110). É

The fruits of the poisonous tree

A *exclusionary rule* extraída da Quarta e da Quinta Emendas à Constituição Americana, em conformidade com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte norte-americana, não se limitou à inadmissibilidade das provas obtidas diretamente em desconformidade com as garantias constitucionais (v.g., uma apreensão realizada sem mandado judicial e sem *probable cause*), mas passou a alcançar toda e qualquer prova ou evidência a que tenha a autoridade policial chegado em razão da diligência ilegal.

Esta é a doutrina que ficou conhecida como *fruits of the poisonous tree doctrine*⁷⁶², ou ainda, *Wong Sun doctrine*, em referência ao famoso caso *Wong Sun v. United States*⁷⁶³, no qual foi reconhecida a inadmissibilidade das entre nós denominadas provas ilícitas por derivação, os tais frutos da árvore envenenada⁷⁶⁴.

Em conformidade com a teoria dos frutos da árvore envenenada, todo aquele que teve garantias constitucionais violadas pela autoridade policial pode invocar a exclusão do processo de todas as evidências obtidas direta ou indiretamente em razão dessa violação⁷⁶⁵.

importante ressaltar, no entanto, que este julgamento da Suprema Corte não excluiu completamente a incidência das *exclusionary rules* em buscas realizadas com suporte em mandado judicial, pois estas vão incidir sempre que “*falte ao policial fundamentos razoáveis para acreditar que o mandado foi validamente expedido*” como se dá, por exemplo, quando o policial tem conhecimento de que o mandado foi expedido com suporte em evidências falsas ou fabricadas ou é de tal forma deficiente que não pode ser reputado como válido.

⁷⁶² . A expressão *fruits of the poisonous tree* foi cunhada pelo Justice Frankfurter, no caso *Nardone v. United States* (308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 – 1939, *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 509).

⁷⁶³ . 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407, 9 L. Ed. 2d 441 (1963) *apud* KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 228. Neste caso, agentes federais ingressaram no apartamento de Blackie Toy, algemaram-no e o prenderam sob acusação de tráfico de drogas, tudo sem mandado judicial ou *probable cause*; Blackie Toy, no ato da prisão, deu declarações comprometedoras para si mesmo e para uma outra pessoa chamada Johnny Yee; a polícia, então, foi à casa deste último e lá o prenderam e encontraram heroína em sua posse, que ele disse ter comprado de Blackie Toy e Wong Sun, que então foi posteriormente preso. Após ter sido solto, Wong Sun retorna voluntariamente à delegacia e confessa. Nesse complexo caso, a Suprema Corte entendeu que tanto as declarações comprometedoras dadas por Blackie Toy, quanto a droga encontrada com Johnny Yee não poderiam ser utilizadas como prova contra Blackie Toy, porque fruto de uma busca e apreensão e prisão inconstitucionais (*idem*, p. 281).

⁷⁶⁴ . KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 231.

⁷⁶⁵ . De outra parte, é importante observar que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana estabeleceu que apenas aquele que teve suas garantias constitucionais violadas pode invocar a exclusão da prova. Assim, embora a prova não sirva para condenar aquele que teve garantias constitucionais violadas, poderá ser utilizada no processo de terceiro que não tenha tido violadas garantias constitucionais. Não há uma ilicitude da prova em si, mas um direito de requerer a exclusão da prova por parte daquele que teve garantias violadas. Um exemplo dado por KLOTTER *et alli* (1998) deixa bem claro esse entendimento da Suprema Corte: suponha que a polícia entre na residência de uma mulher, sem mandado judicial ou *probable cause*, procurando por evidências de tráfico de drogas e lá encontre cinco quilos de cocaína, uma balança de precisão e uma foto do irmão da mulher ao lado de uma plantação de maconha e, com base nisso, obtenha um mandado judicial para busca na residência desse irmão, onde vem a encontrar a plantação de maconha, bem como inúmeras fotos do irmão e da irmã cultivando a planta. No caso da irmã, a cocaína apreendida não poderá ser utilizada como prova em eventual acusação por tráfico de drogas, na medida em que a apreensão se deu de forma irregular, violando seus direitos constitucionais; de outra parte, também não poderão ser utilizadas as fotos apreendidas na casa de seu irmão como prova contra a irmã de seu envolvimento no tráfico de maconha, na medida em que tais fotos estão excluídas por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada; não obstante, o irmão poderá ser regularmente acusado com base nas provas apreendidas na residência dele, eis que ele não teve qualquer direito constitucional violado, na medida em que a busca realizada baseou-se em mandado judicial regularmente expedido (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 232).

Assim, por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante portando irregularmente arma de fogo e a polícia, mediante tortura, obtém a informação de que esta pessoa armazena grande quantidade de droga ilícita em sua residência, ainda que venha a autoridade policial a obter um mandado de busca e apreensão da droga, esta não poderá ser utilizada como prova no processo, porque, não obstante a apreensão tenha ocorrido licitamente com base em mandado judicial, a diligência está, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, contaminada pela violação originária de garantias constitucionais⁷⁶⁶.

Dessarte, a regra, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, é a da exclusão (*exclusionary rule*) tanto das provas obtidas diretamente em violação a uma garantia constitucional (v.g., apreensão realizada sem mandado judicial ou *probable cause*), quanto das provas obtidas a partir de uma violação originária, da qual derive (aplicação da *fruits of the poisonous tree doctrine*).

No entanto, ao lado desta regra geral de exclusão, a Suprema Corte norte-americana elaborou algumas exceções à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, concebeu algumas situações em que, a despeito da ilicitude originária, a prova derivada poderia ser utilizada no processo, porque sua exclusão não atenderia a qualquer dos propósitos da regra de exclusão (*doctrine of attenuation*).

São as exceções da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), da violação de boa-fé (*good faith exception*) e da fonte independente (*independent source exception*)⁷⁶⁷.

No caso da exceção da descoberta inevitável, assentou a Suprema Corte que a prova derivada será admissível no processo, se a acusação for capaz de demonstrar que a evidência ou prova ilegalmente obtida seria encontrada mesmo na ausência da violação⁷⁶⁸.

Assim, por exemplo, se ocorre um acidente de trânsito e um dos motoristas ameaça o outro com uma faca, evento posteriormente relatado pelo motorista ameaçado ao policial que registra a ocorrência, este policial está autorizado (porque presente *probable cause*) a realizar uma busca pessoal no motorista supostamente armado, ou mesmo no porta luvas, a fim de encontrar referida arma.

Encontrada a arma com o motorista e sendo este regularmente preso pelo porte ilegal, não há mais *probable cause* para se dar continuidade à busca em outras partes do veículo. Mas se, a despeito da ausência de *probable cause*, a autoridade policial der prosseguimento à busca e abrir o porta malas do veículo, lá encontrando certa quantidade de drogas, esta última evidência, não obstante ilegalmente obtida, poderá ser aproveitada, na medida em que, tendo sido regularmente preso o motorista, a droga seria inevitavelmente descoberta em posterior inventário dos objetos existentes no veículo, a ser realizado na delegacia de polícia.

⁷⁶⁶ . “[...] when a confession is tainted by police illegality, the taint carries over and destroys the admissibility of *derivative evidence* that was discovered as a result of the confession” (“[...] quando uma confissão é viciada por ilegalidade policial, a mácula acompanha e destrói a admissibilidade da prova derivada que foi descoberta como um resultado da confissão”) (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 281).

⁷⁶⁷ . KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 233.

⁷⁶⁸ . *Idem, ibidem*.

De outra parte, também não há o que se falar em exclusão da prova, segundo a Suprema Corte, quando esta resulta concomitantemente de uma fonte independente, como se tem exemplo no célebre caso *Wong Sun v. United States*, já referido anteriormente⁷⁶⁹.

Neste caso, embora toda a sequência de provas e evidências colhidas tenha sido derivada de uma prisão e de uma busca e apreensão inconstitucionais realizadas no apartamento de Blackie Toy e, por isso mesmo, reputadas inadmissíveis por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, diferente foi a conclusão da Suprema Corte com relação à confissão feita por Wong Sun dias depois de haver sido solto da prisão ilegal.

Como já mencionado, após sua prisão ilegal, Wong Sun foi solto e, dias depois, regressou espontaneamente à Delegacia, confessando os crimes de tráfico de drogas. Evidentemente, esta segunda confissão nunca teria existido não fossem as ilegalidades originárias praticadas pela polícia; no entanto, entendeu a Suprema Corte que estava de tal forma caracterizada a fragilidade da derivação (regresso espontâneo dias depois da soltura), que a confissão haveria de ser considerada oriunda de uma fonte independente (a própria e espontânea vontade de confessar – *independent act of free will*), sendo, portanto, admissível sua utilização como prova⁷⁷⁰.

A aplicação da exceção da fonte independente, como acentuam KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I.⁷⁷¹, envolve considerações de três ordens: (1) o tempo decorrido desde a cessação da violação a direito garantido na Quarta Emenda, (2) a presença de circunstâncias intervenientes que afetem a cadeia causal e (3) o grau mais ou menos elevado de intenção de violar tais garantias presente na autoridade policial.

A exceção da violação de boa-fé, por sua vez, parte da premissa de que por mais cuidadosa que seja a autoridade policial, violações acidentais e involuntárias de direitos constitucionais podem ocorrer e que, em tais circunstâncias, a exclusão da prova não atenderia a qualquer dos propósitos da regra, em especial, não atenderia ao propósito de inibir o abuso policial⁷⁷².

Para que a exceção seja aplicável, é necessário que a violação não seja intencional, ou seja, o policial deve agir na suposição de que está no regular exercício de sua atividade, em conformidade com as garantias da Quarta Emenda e, adicionalmente, tal convicção há de ser razoável sob as circunstâncias em que a violação concretamente ocorreu⁷⁷³.

Um exemplo claro dessa exceção de boa-fé na jurisprudência da Suprema Corte é o já referido caso *Arizona v. Evans*. Na hipótese, policiais fizeram uma parada de rotina de um veículo e, ao checar na base de dados o nome do condutor do veículo, verificaram haver indicação da existência de um mandado de prisão expedido em desfavor do mesmo, razão pela qual efetuaram a sua prisão e procederam a uma busca pessoal e no veículo, encontrando drogas. Posteriormente, veio a se

⁷⁶⁹ . Vide nota 33.

⁷⁷⁰ . *Idem*, pp. 281/282.

⁷⁷¹ . *Op. cit.*, pp. 283/284.

⁷⁷² . *Idem*, p. 233.

⁷⁷³ . *Idem*, p. 234.

descobrir que a prisão foi ilegal, porque o mandado de prisão havia sido revogado dezessete dias antes, estando desatualizada a base de dados da polícia.

Diante de tal situação, a defesa do motorista arguiu que a droga apreendida deveria ser excluída como prova, na medida em que derivada a apreensão de uma prisão ilícita, por ausência de mandado.

A Suprema Corte, no entanto, discordou da tese da defesa, ao argumento de que os policiais agiram de boa-fé, com base em informações disponíveis na base de dados da polícia, de modo que não restava evidenciado que os policiais pretendessem violar qualquer direito previsto na Quarta Emenda. A exclusão da prova em situações como essa, ao entender da Suprema Corte, não iria reduzir o número de prisões ilegais, razão pela qual a regra de exclusão não poderia ser aplicada⁷⁷⁴.

O TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS NA REFORMA DO CPP

Como referido anteriormente, embora a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, considere inadmissíveis as provas ilicitamente obtidas, o legislador infraconstitucional não cuidou de regulamentar o dispositivo constitucional, de forma que a temática tem passado ao largo da legislação processual e do próprio Código de Processo Penal.

A discussão sobre o tema, no direito brasileiro, como já se expôs, desenvolveu-se unicamente em sede doutrinária e jurisprudencial, colhendo subsídios sobretudo na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), num ambiente de clara indefinição acerca dos limites de aplicação da cláusula constitucional, sobretudo no que diz respeito às provas ilícitas por derivação.

Outros subsídios doutrinários que também são frequentemente invocados na temática das provas ilícitas são a técnica da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade, que, embora deitem raízes na Tópica e na Teoria da Argumentação, encontraram na obra do doutrinador alemão Robert Alexy sua formulação mais difundida⁷⁷⁵.

No tratamento do tema das provas ilícitas, as reformas processuais de 2008, em especial a Lei 11.690/08, representaram grande avanço sob o aspecto legislativo, ao conferir-lhe, com a nova redação do artigo 157 do CPP, a disciplina infraconstitucional até então inexistente.

⁷⁷⁴ . Para um relato mais completo do caso, remetemos o leitor a KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 234.

⁷⁷⁵ . Sobre o tema da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, recomenda-se a leitura de ALEXY, (2007), de ALEXY (2007) e de SARMENTO.

A reforma processual buscou inspiração principalmente na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, não tratando de maneira expressa do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses⁷⁷⁶.

Embora críticas possam ser feitas aos dispositivos recém-introduzidos ao Código de Processo Penal, sobretudo no que se refere à inadequada compreensão de algumas das teorias elaboradas no direito norte-americano, ao menos agora há um texto normativo que servirá – ao lado dos subsídios doutrinários e jurisprudenciais já existentes – à sistematização do tema.

Assim restou definida pela reforma a redação do artigo 157 do CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º. (VETADO)

Como se percebe da leitura do dispositivo legal em questão, preocupou-se o legislador reformador com a disciplina de diferentes aspectos ligados ao tema da prova ilícita, tratando do próprio conceito de prova ilícita, de prova ilícita por derivação, bem como das questões relativas à fonte independente e à descoberta inevitável.

Clara, portanto, a influência da teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) na reforma empreendida em nosso ordenamento processual penal.

No tocante ao conceito de prova ilícita, optou o legislador por uma concepção ampla, que englobasse tanto as provas obtidas em violação a norma constitucional (v.g., interceptação telefônica realizada sem autorização judicial), quanto aquelas obtidas em violação a norma legal

⁷⁷⁶ . Como bem ressaltou Andrey Borges de Mendonça, a circunstância de a regulamentação legal não haver feito referência ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de interesses não significa que tal omissão constitua óbice absoluto à sua utilização, sobretudo no que diz respeito à admissibilidade de provas ilícitas em favor do réu (MENDONÇA (2008) – pp. 171/172). O tema, porém, não será objeto de abordagem no presente trabalho, que tem como foco a influência do processo penal norte-americano nas reformas processuais de 2008.

(v.g., busca e apreensão realizada sem mandado judicial), sendo indiferente se a norma violada é de caráter substancial ou processual.

Assim, o conceito legal de prova ilícita estabelecido no *caput* do artigo 157 engloba tanto as provas obtidas em violação a normas de direito material (denominadas em doutrina *provas ilícitas*), quanto as provas obtidas em violação a normas de direito processual (denominadas em doutrina *provas ilegítimas*)⁷⁷⁷.

Parece-nos com razão a parcela da doutrina que vê no conceito legal uma demasiada amplitude, a merecer alguns temperamentos, haja vista que não necessariamente qualquer violação a dispositivo legal processual implica a inadmissibilidade da prova⁷⁷⁸. No entanto, o desenvolvimento de tal crítica desborda os limites propostos pelo presente estudo, cujo propósito é identificar e demonstrar a influência do processo penal norte-americano na reforma processual ocorrida no ano de 2008.

A adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, por sua vez, restou evidente no parágrafo primeiro do dispositivo legal em questão, relativo ao tema da prova ilícita por derivação, o qual vedou a utilização no processo de provas que, a despeito de sua licitude, tenham origem em provas ilícitas (v.g., busca apreensão realizada com suporte em ordem judicial, mas que seja cumprido em endereço fornecido pelo investigado em confissão mediante tortura).

De modo similar ao que se dá no direito processual penal norte americano, a preocupação principal do legislador é a de desestimular – pela imprestabilidade da prova obtida - condutas policiais violadoras de direitos fundamentais⁷⁷⁹.

Também encontramos no tratamento legislativo conferido à matéria outras importantes influências da teoria dos frutos da árvore envenenada, como se dá em especial pela incorporação de algumas das limitações construídas pela jurisprudência da Suprema Corte Americana à sua aplicação, tais como a limitação da fonte independente (*independent source exception*) (art. 157, §1º), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) (art. 157, §2º)⁷⁸⁰.

A redação do §2º do artigo 157, ao se referir à exceção da fonte independente, apresenta impropriedade, na medida em que o conceito nela exposto se aproxima do conceito atribuído no direito norte-americano à limitação da descoberta inevitável.

Não obstante tal impropriedade, resulta claro do texto legal que tanto a exceção da fonte independente, quanto a limitação da descoberta inevitável foram acolhidas pelo legislador reformador.

A limitação da boa-fé (*good faith exception*), não obstante possa servir como subsídio doutrinário e jurisprudencial à aplicação do dispositivo legal, não recebeu expressa positivação na reforma processual.

⁷⁷⁷ . MENDONÇA (2008) – p. 170.

⁷⁷⁸ . Para uma análise mais abrangente deste ponto, recomenda-se a leitura de GOMES FILHO (2008) – pp. 265/266.

⁷⁷⁹ . MENDONÇA (2008) - p. 173.

⁷⁸⁰ . *Idem, ibidem*.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO CPP BRASILEIRO

É da tradição do direito processual brasileiro, seja no processo civil, seja processo penal, seja no processo do trabalho, que a produção da prova testemunhal tenha na pessoa do juiz o seu principal ator, bem como que a interlocução dos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público com as testemunhas inquiridas se dê necessariamente por intermédio do juiz.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Civil que o juiz é o primeiro inquiridor, formulando perguntas antes das partes e antes do Ministério Público, aos quais cabe formular perguntas “*tendentes a esclarecer ou completar o depoimento*” (artigo 416 do CPC). Além disso, estabelece o Código que a inquirição das testemunhas é atribuição do juiz (artigo 413 do CPC), de forma que a formulação de perguntas pelas partes sempre se dá por intermédio dele.

O mesmo panorama é encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 820 dispõe que “*as partes e as testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente*” e que as partes e seus advogados formularão perguntas que a elas serão dirigidas “*por intermédio do juiz*”.

No processo penal brasileiro anterior às reformas de 2008, ao menos com relação aos processos desenvolvidos perante os juízos singulares, é possível afirmar que esse sistema de mediação era igualmente o que prevalecia, tendo em vista que o artigo 212 do Código de Processo Penal dispunha que “*as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha*”.

Apenas com relação à inquirição de testemunhas no plenário do júri registrava-se alguma divergência doutrinária, tendo por base a redação então vigente para os artigos 467 e 468 do CPC.

Com efeito, segundo Fernando Capez⁷⁸¹ e Magalhães Noronha⁷⁸², por exemplo, a inquirição de testemunhas perante o Tribunal do Júri não se submetia a esse sistema de mediação pelo juiz, eis que referidos autores entendiam que o disposto nos artigos 467 e 468 do CPP autorizaria a inquirição direta de testemunhas por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, afastando-se do regramento geral estabelecido pelo artigo 212 do mesmo Código.

Esse posicionamento, no entanto, não era tranquilo na doutrina, sendo de se destacar entendimentos no sentido de que os artigos 467 e 468 do CPP não autorizavam – a despeito de aparentemente assim o fazerem – a inquirição direta de testemunhas.

Registre-se, nesse sentido, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira⁷⁸³:

Embora possa parecer que o art. 467 permite a inquirição *direta* das partes, parece-nos que tal não ocorre. O nosso sistema processual, ao contrário do Direito anglo-americano, em que vige o *cross examination* (exame cruzado, isto é, por quem não arrolou a testemunha) e o *direct examination* (a ser

⁷⁸¹ . *Op. cit.*, p. 575.

⁷⁸² . NORONHA (1999) - p. 357.

⁷⁸³ . *Op. cit.* – p. 578.

feita pela parte que a arrolou), somente autoriza a inquirição de testemunhas por intermédio, ou pela mediação, do juiz

Vê-se, portanto, que excepcionados os processos relativos a infrações penais inseridas na competência do Tribunal do Júri, trata-se de procedimento sedimentado no direito processual nacional que a colheita da prova testemunhal tem como protagonista o juiz, único ator do processo legitimado a manter diálogo direto com as testemunhas. A comunicação entre partes e testemunhas é, em qualquer dos ramos do processo, objeto de *filtragem* por parte do juiz que conduz a audiência.

Este método de inquirição das testemunhas, que entre nós prevalece de longa data, e que pode ser denominado *sistema de exame judicial*⁷⁸⁴ ou *sistema presidencialista*⁷⁸⁵, tem por fundamento, de um lado, a circunstância de o juiz ser o principal destinatário da prova⁷⁸⁶ e, de outro lado, a premissa de que a inquirição direta das testemunhas pelos advogados e membros do Ministério Público teria o condão de, muitas vezes, intimidar a testemunha ou induzi-la a erro.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

No processo penal americano, diferentemente do que ocorre no processo penal brasileiro, a regra é a de que o julgamento se dê perante o júri (*trial*), embora seja verdade que parcela expressiva dos casos sequer cheguem a esta fase, resolvendo-se na fase do denominado *pre-trial*, em grande parte em razão de acordo celebrado entre a defesa e a acusação.

Não obstante, nos casos em que se chega ao *trial*, a sessão de julgamento se desenvolve segundo uma sequência de atos determinados⁷⁸⁷: (1) declarações iniciais pela defesa e pela acusação, em que as partes expõem sumariamente aos jurados as provas que pretendem produzir (*opening statements*); (2) depoimentos testemunhais, iniciando-se pelas testemunhas da acusação (*evidence in chief*) e seguindo-se com as da defesa (*evidence in defense*); (3) depoimentos testemunhais em réplica pela acusação, com o fim de desconstituir a prova defensiva (*rebuttal witnesses*), podendo consistir em novas testemunhas ou reinquirição de testemunhas anteriormente ouvidas; (4) em surgindo fatos ou circunstâncias novas na réplica, a defesa pode produzir prova testemunhal em tréplica (*rejoinder* ou *surrebuttal*); (5) alegações finais pelas partes e (6) instruções aos jurados⁷⁸⁸.

No que toca ao procedimento para inquirição das testemunhas, cada testemunha é inicialmente inquirida pela parte que a arrolou (*direct examination*), ao que se segue inquirição pela

⁷⁸⁴ . CAPEZ - *Op. cit.*, p. 278.

⁷⁸⁵ . MENDONÇA (2008) – p. 285.

⁷⁸⁶ . A respeito da primeira justificativa, que deita raízes no processo inquisitório, no qual preponderava a figura do juiz na direção da prova, lecionava o eminente Magalhães Noronha que “*não se deve esquecer que ao juiz compete a última palavra no assunto, pois é ele quem vai julgar*” (*op. cit.* – p. 155).

⁷⁸⁷ . A sequência de atos aqui exposta constitui uma simplificação ou visão panorâmica do procedimento desenvolvido no *trial*, desconsiderando-se eventuais incidentes ou objeções que podem surgir, mas que não guardam uma relação direta com o objeto do presente trabalho. Para uma visão mais completa do procedimento perante o *trial*, remete-se o leitor à obra de STRONG (1999).

⁷⁸⁸ . *Idem*, pp. 6/7.

parte contrária (*cross examination*), com possibilidade de nova inquirição na sequência pela própria parte que a arrolou (*re-direct examination*) e pela parte contrária (*re-cross examination*)⁷⁸⁹.

Tal inquirição é feita diretamente pelo promotor ou pelo advogado da defesa, sem intermediação do juiz, que exerce apenas um papel de fiscalização da produção da prova e de decisão, relativamente a eventuais objeções que sejam feitas por uma das partes em relação ao questionamento que é levado a efeito pela outra.

Se, de um lado, o exame direto da testemunha pela parte que a arrolou (*direct examination*) tem por finalidade permitir à parte comprovar a sua versão dos fatos, tal qual exposta pela acusação ou pela defesa, de outro lado, o direito de inquirir a testemunha arrolada pela parte contrária (*cross examination*) tem sido reconhecido, inclusive pela Suprema Corte norte-americana, como uma decorrência necessária do direito ao confronto (*confrontation*) estabelecido na Sexta Emenda da Constituição americana⁷⁹⁰.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NA REFORMA DO CPP

Como já observado em capítulo precedente, é da tradição de nosso direito processual que a inquirição de testemunhas tenha como principal ator o juiz, seja pela previsão de ser o juiz o primeiro a formular perguntas (principal inquiridor), cabendo às partes buscar esclarecimentos ou complementação do depoimento, seja pela adoção de um sistema em que a formulação das perguntas pelas partes sempre é realizada por intermédio do juiz (sistema presidencialista).

As reformas levadas a cabo no Código de Processo Penal brasileiro pelas Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 incorporaram em grande medida, no tocante à colheita da prova testemunhal, a sistemática vigente nos países de tradição do *common law* exposta no capítulo anterior.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, embora a reforma não tenha reduzido o juiz à condição de mero expectador da cena processual, seu papel foi substancialmente modificado, na medida em que passou de primeiro a último inquiridor e, ainda, em razão da adoção da sistemática da *direct examination* e da *cross examination*.

Com efeito, o artigo 212 do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei 11.690/08, inequivocamente autorizou as partes a formularem perguntas diretamente às testemunhas, sem a necessidade de intermediação pelo juiz, como se dá no entre nós tradicional sistema presidencialista.

Da mesma forma, restou disposto em referido artigo que a função inquisidora do juiz é subsidiária ou secundária, cabendo-lhe apenas, ao final da inquirição realizada pelas partes, complementá-la em relação a pontos que não tenham restado suficientemente esclarecidos.

⁷⁸⁹ . *Idem, ibidem.*

⁷⁹⁰ . *Idem, p. 34.*

Mesmo na sessão plenária do Júri, em relação à qual prevalecia em doutrina⁷⁹¹ o entendimento de que a inquirição das testemunhas era realizada diretamente pelo membro do Ministério Público ou pelo Advogado do acusado, conforme dispunham os artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal, registravam-se opiniões em contrário⁷⁹², a sustentar a incidência do sistema presidencialista.

A Lei 11.689/08, de forma a afastar quaisquer dúvidas ou divergências, expressamente dispôs, no artigo 473 do Código de Processo Penal, que tanto o juiz, quanto o Ministério Público, o acusado, o querelante e o assistente da acusação “*tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação*”, mantendo ainda, a forma de inquirição direta para as testemunhas da defesa (art. 473, §1º, CPP).

Em outras palavras, o sistema de *direct e cross examination*, nos moldes do que dispôs o artigo 212 do Código de Processo Penal na disciplina geral da prova, passou a ser inequivocamente adotado também na sessão plenária do Júri^{793 794}.

Também na primeira fase do procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri, que passou a ter regramento próprio com a Lei 11.689/08, abalizada doutrina⁷⁹⁵ vem sustentando que a inquirição das testemunhas em audiência de instrução (artigo 411 do CPP), diante da ausência de previsão específica, há de observar analogicamente a sistemática estabelecida no artigo 212 do CPP, seja no tocante à ordem de formulação de perguntas, seja no tocante à sistemática de inquirição (*direct e cross examination*).

Cabe por fim observar, ainda que não se refira à inquirição de testemunhas, que o sistema de inquirição direta (*direct e cross examination*) do direito norte-americano foi incorporado também à colheita do depoimento do ofendido e ao interrogatório do acusado na sessão plenária do Júri, por força do disposto nos artigos 473, *caput*, e 474, §1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.689/08.

Assim, o sistema americano de inquirição de testemunhas e partes (*direct e cross examination*) serviu de inspiração não só à reforma da sistemática de inquirição de testemunhas, mas também da sistemática de colheita do depoimento do ofendido e do interrogatório do acusado, embora com relação a estes apenas no que diz respeito aos depoimentos em sessão plenária do júri, preservando-se o tradicional sistema presidencialista nos demais procedimentos.

⁷⁹¹ . BADARÓ (2008) – p. 170.

⁷⁹² . OLIVEIRA – *op. cit.* – p. 578.

⁷⁹³ . É de se ressaltar que a reforma processual de 2008 manteve inalterada a ordem de inquirição de testemunhas na sessão plenária do júri, iniciando-se as perguntas pelo juiz e, apenas depois, perguntando as partes. Assim, na sistemática atual, embora o sistema de *direct e de cross examination* tenha sido adotado tanto nos processos do Júri, quanto nos processos da competência do juiz singular, apenas com relação a estes últimos houve a inversão na ordem tradicional de formulação de perguntas, com o juiz perguntando ao final.

⁷⁹⁴ . Apenas as perguntas formuladas pelos jurados às testemunhas não seguem o sistema de perguntas diretas, na medida em que o art. 473, §2º, do CPP dispõe que, em relação a tais perguntas, segue-se observando o sistema presidencialista, com intermediação do juiz presidente.

⁷⁹⁵ . BADARÓ (2008) – p. 66.

Como se vê, com a reforma processual, o papel do juiz passa a ser principalmente o de fiscalizar a atuação das partes, por ocasião da inquirição das testemunhas, indeferindo perguntas impertinentes, indutivas ou repetidas, e apenas secundariamente o de ele próprio inquiri-las, no que se manifesta nítida aproximação com o direito americano.

CONCLUSÃO

Do quanto se expôs ao longo do presente trabalho, constata-se que a disciplina existente no direito norte-americano, relativamente à inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo no que diz respeito à vedação das provas ilícitas por derivação (*fruits of the poisonous tree doctrine*) e às limitações à regra de exclusão dessas provas (*independent source exception* e *inevitable discovery exception*), serviu de fonte de inspiração à reforma processual penal, em especial para a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

De outra parte, é nítida na reforma a tendência ao abandono do sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, do ofendido e do acusado, substituindo-se tal sistema pelo de inquirição direta e cruzada (*direct* e *cross examination*) existente no direito processual norte-americano.

Afirma-se, portanto, a título de conclusão, que as reformas empreendidas no Código de Processo Penal no ano de 2008, por meio das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, sofreram influência direta do direito processual norte-americano, sobretudo no que diz respeito à disciplina da prova ilícita por derivação e à nova sistemática de produção da prova testemunhal.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais* – Tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros – 2008.
- _____. *Constitucionalismo discursivo* – Tradução de Luís Afonso Heck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora – 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos – Reformas processuais e poderes do Juiz – *In: Temas de direito processual – Oitava série* – São Paulo: Saraiva – 2004.
- _____. La significación social de las reformas procesales – *In: Temas de direito processual – Nona série* – São Paulo: Saraiva – 2007
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – Tribunal do Júri – *In: As Reformas no Processo Penal – As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma* (coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura) – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2008.
- CAPEZ, Fernando – *Curso de Processo Penal* – 5ª Edição – São Paulo: Saraiva – 2000.
- KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I. – *Constitutional Law* – 8º ed. – Cincinnati (Ohio): Anderson Publishing Co. – 1998
- MENDONÇA, Andrey Borges de – *Nova Reforma do Código de Processo Penal* – São Paulo: Editora Método – 2008.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.) – *As Reformas no Processo Penal* – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães – *Curso de Direito Processual Penal* – 27ª edição – São Paulo: Saraiva – 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – *Curso de Processo Penal* – 7ª Edição – Belo Horizonte: Del Rey – 2007.

PEREIRA, Guilherme Bollorini – *Juizados Especiais Federais Cíveis* – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris – 2004.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes – *A ponderação de interesses na Constituição* – Dissertação de Mestrado em Direito Público defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

STRONG, John W. *et alli* – *McCormick on Evidence* – Fifth Edition – St. Paul, Minn.: West Group – 1999.

WAYNE, R. La Fave; JEROLD, H. Israel; NANCY J. King – *Criminal Procedures* – 4ª Edição – St. Paul/MN: Thomson West – 2004.