

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL

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

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira

ISSN 1982-7636

www.redp.com.br

Ano 5. Volume VII

Janeiro a Junho de 2011

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – ESTUDOS SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ASPECTOS PROCESSUAIS DA EXECUÇÃO DE BENS EM RAZÃO DA DESCONSIDERAÇAO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E INOVAÇÕES NO PROJETO DO CPC
Ana Cristina Baruffi 6

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Felippe Borring Rocha 26

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS EM MÁTÉRIA DE PROCEDIMENTO (ART. 24, XI, DA CF): PONTO DE PARTIDA PARA A RELEITURA DE ALGUNS PROBLEMAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO EM TEMPO DE NOVO CPC
Fernando da Fonseca Gajardoni 45

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ATUALIDADES E PERSPECTIVAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CPC
Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral 73

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES
Juliano de Oliveira Brandis e Miller Freire de Carvalho..... 115

PERSPECTIVAS DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM FACE DO SUBSTITUTIVO DO SENADOR VALTER PEREIRA AO PROJETO DE LEI NO SENADO N. 166, DE 2010.
Luiz Marcelo Cabral Tavares 136

A JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA PUBLICISTA E PRIVATISTA NO CONTEXTO DA SOLUÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS DE MASSA - NOTAS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE AÇÕES REPETITIVAS PREVISTO NO PLS Nº 166/10.
Marcelo Pereira de Almeida..... 158

OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Stella Rangel Lourenço 186

DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONTRADITÓRIO (TRINÔMIO INFORMAÇÃO, REAÇÃO E CONSIDERAÇÃO) E O NOVO CPC
Zulmar Duarte de Oliveira Júnior 205

SEGUNDA PARTE – TEMAS GERAIS

REPERCUSSÃO GERAL DOS DIREITOS HUMANOS
Alexandre Fernandes Dantas 222

A LUTA CONTRA O TEMPO NOS PROCESSOS JUDICIAIS: UM PROBLEMA AINDA À BUSCA DE UMA SOLUÇÃO
Andre Vasconcelos Roque 237

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A MEDIAÇÃO COMO PADRÃO DE ATUAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS
Débora Dias Thomé 264

O* CASE MANAGEMENT *INGLÊS: UM SISTEMA MADURO?
Diogo Assumpção Rezende de Almeida 288

PROCESSO E (PÓS) MODERNIDADE: TRAÇOS INQUISITÓRIO-RACIONALISTAS NO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO
Fernando Hoffmam, Larissa Nunes Cavalheiro, Valéria Ribas do Nascimento 339

ÉTICA ARISTOTÉLICA E PROCESSO
Guilherme Luis Quaresma Batista Santos 363

RECURSOS EXCEPCIONAIS E VALORAÇÃO DE PROVAS
Layla Gonçalves Hatab, Magareth Vetis Zaganelli 378

A BARREIRA INTRANSPONÍVEL DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS: IMPROPRIEDADE DO ABUSO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL
Leonardo Costa de Paula 397

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Leonardo Greco 418

A LEGITIMIDADE PASSIVA DO SUPERINTEDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
Lucas de Lima Carvalho 436

LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULA POR TRIBUNAL SUPERIOR. ANÁLISE DA SÚMULA 331, I, DO TST
Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos 456

OS* RECALLS *COMO TENTATIVA DE INIBIÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PARA O RESSARCIMENTO DOS DANOS AO CONSUMIDOR
Marco Félix Jobim 481

LEI Nº. 12.016/09 – ASPECTOS POLÊMICOS DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA
Paulo Henrique dos Santos Lucon 494

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INELEGIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA E A SUBVERSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Rodrigo Fernandes 510

COLETIVIZAÇÃO DAS AÇÕES COMO INSTRUMENTO DE CONCESSÃO DE EFICÁCIA
Rodrigo Lemes Torres 532

PRIMEIRA PARTE
ESTUDOS SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ASPECTOS PROCESSUAIS DA EXECUÇÃO DE BENS EM RAZÃO DA DESCONSIDERAÇAO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E INOVAÇÕES NO PROJETO DO CPC

Ana Cristina Baruffi

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Advogada. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestranda em Direito Processual Civil, subárea Processo e Cidadania, Linha de Pesquisa Relações Negociais pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Bolsista da CAPES.

Resumo: A união de esforços de pessoas físicas com objetivo comum faz criar, no mundo jurídico, as pessoas jurídicas, através das sociedades, em suas diversas formas. Por ser pessoa, com seu nascimento adquire personalidade jurídica, cujos deveres podem ser estendidos aos sócios pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Busca o presente trabalho bibliográfico demonstrar que, a depender do tipo societário, no processo judicial, em que foi aplicado o princípio, poderá ou não haver a necessidade de citação do sócio para execução de seus bens. Para complementar, apresenta o tratamento da matéria no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The union of efforts of natural person with equal objectives makes, in the juridical world, the legal entity, by the societies in their many ways. Because it's a person, with its birth purchase corporate existence which obligations can be extended to theirs members by the disgard doctrine. This paper seeks to demonstrate that, depending on the type of company in the lawsuit, which was introduced that principle, may or may not be necessary to summon the member for enforcement of their property. Despite, presents the treatment of matter in the design of the New Code of Civil Procedure

Palavras-Chave: Processo Civil. Execução. Sócios. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Citação.

Keywords: Civil Procedure. Judicial Execution. Members. Disregard Doctrine. Summon.

Sumário: 1. Introdução 2. Responsabilidade dos sócios 3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica a) Breve memória histórica b) Teorias da desconsideração da personalidade jurídica 4. Possibilidade de penhora de bens pessoais de terceiros – questão procedimental: a citação 5. A desconsideração da personalidade jurídica e o

Projeto do Código de Processo Civil 6. Considerações Finais 7. Referencias Bibliográfica.

1. Introdução

É muito frequente pessoas físicas unirem esforços para um objetivo comum, por exemplo, atuar no mercado financeiro. Quando isso acontece, há a constituição de sociedades[1]. No direito brasileiro, a sociedade empresária é sempre constituída a partir de um contrato. "Seja o contrato social da sociedade constituída em razão da pessoa dos sócios, seja o contrato social ínsito no estatuto da sociedade por ações. A sociedade empresária sempre é produzida por um contrato; é uma sociedade contratual, cuja personalidade jurídica surge quando devidamente registrada na Junta Comercial".[2]

Assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas também possuem capacidade jurídica e personalidade. E as adquirem no seu nascimento, ou seja, a partir do devido registro no órgão competente; na Junta Comercial, para as sociedades empresárias ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no caso de sociedades simples. Como salienta Barreto,[3] "A partir do registro é que se inicia a existência legal da sociedade, cessando esta após a partilha do acervo remanescente entre os sócios, se houver, no caso de liquidação, judicial ou extrajudicial". Esse também é o comando normativo expresso no art. 45 do Código Civil Brasileiro: "Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo".

Como ressalta Hentz,[4] "A personalidade jurídica, aliás, se destaca, na teoria da empresa como sendo um atributo da empresa, mesmo considerando a legislação vigente". Quando uma sociedade não é devidamente registrada, logo sociedade

[1] Dependendo do fim a que se destinam, podem ser associações ou sociedades. As associações, disciplinadas no art. 53 do Código Civil de 2002, caracterizam-se por conjugarem esforços comuns, para atividades não econômicas, enquanto as sociedades – civis ou empresárias visam a união de esforços para a realização de fins econômicos.
[2] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160.
[3] BARRETO, Leonardo Lumack do Monte. Desconsideração Da Personalidade Jurídica: Aspectos Gerais E Processuais Do Instituto *in* **Revista da ESMAPE** / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco v. 10. n . 21 jan/jun 2005, p. 351.
[4] HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002.** 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P. 80

irregular, ela não é considerada pessoa jurídica para os devidos fins. Neste caso, pessoa física e pessoa jurídica se confundem, tornando-se um só ente. A capacidade da pessoa jurídica decorre da lei, após preencher os requisitos necessários para sua constituição e registro.

Como destacado, é com o registro que a sociedade adquire capacidade e personalidade, podendo exercer direitos e cumprir os deveres que lhe são compatíveis. Serpa Lopes[5] salienta que a pessoa jurídica após adquirir a capacidade

> [...] pode exercer todos os direitos subjetivos, com exceção dos próprios ao ente humano, como ser biológico, ou, por outras palavras, a pessoa jurídica tem capacidade para o exercício de todos os direitos compatíveis com a natureza especial de sua personalidade. [...]. E quanto à sua capacidade, dentro dos limites próprio de sua natureza, ela é a mais ampla possível, não comportando qualquer restrição.

Ou seja, fora atos próprios das pessoas físicas, como casamento entre outros, a pessoa jurídica pode atuar no mundo jurídico tanto quanto ou mais, dentro dos seus limites.

Observa-se, que a sociedade, quando constituída e regularmente registrada na Junta Comercial ou no Registro de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, adquire uma autonomia perante os seus sócios, ou seja, ela tem existência distinta destes. Essa autonomia pode ser verificada nas seguintes situações: nome próprio (que pode ser firma – quando o nome da Pessoa Jurídica identifica-se com a Pessoa Física, como no caso José Floriano, Livros Técnicos, ou denominação - quando o núcleo central do nome é composto por qualquer expressão linguística, como por exemplo, Marmix distribuidora de chocolates Ltda); domicílio próprio; nacionalidade própria; e em especial, patrimônio próprio, pois serão os bens da sociedade que responderão pelos atos da pessoa jurídica.

É neste ponto, no patrimônio próprio, que Fábio Ulhoa Coelho[6] justifica o alicerce da pessoa jurídica, ao sustentar que "Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade."

[5] SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 8.ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Editora Freita Bastos, 1996, v. 1. p. 374.
[6] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2010, v.. 2 p. 15-16.

Todavia, quando violados os direitos inerentes à pessoa jurídica, ou praticados pela pessoa jurídica, através de seus prepostos, atos atentatórios ao Direito, esta autonomia patrimonial não pode ser sustentada. Nesse sentido o artigo 50 do Código Civil, sensível à problemática, dispõe:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Logo, o dano deve ser reparado, mesmo que para isso tenha que se buscar o patrimônio dos administradores e dos sócios.

2. Responsabilidade dos sócios

A legislação brasileira contempla para cada tipo de sociedade uma série de hipóteses de responsabilidade dos sócios e administradores, podendo ser solidária ou subsidiária, e ainda limitada ou ilimitada. Nos últimos tempos, a responsabilidade dos administradores vem se intensificando ainda mais com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme salienta Bueno,[7]

> A responsabilidade civil dos sócios acontece face ao capital social (o limite é o capital social). O sócio, conforme o tipo societário, responde pelo total ou apenas pela sua parte. Quer isso dizer que o capital social corresponde a um seguro ou a uma fiança no limite do respectivo valor, que os sócios assinam perante os credores da sociedade.

Em consideração a responsabilidade do sócio, pode-se dividir o tipo de sociedade em três grupos de responsabilidade: limitada, mista ou ilimitada.

A rigor, as sociedades com responsabilidade limitada, em que se encontram as sociedades limitadas e as sociedades anônimas, respondem com a totalidade de seu patrimônio por todos os compromissos sociais assumidos. Com relação aos sócios, a responsabilidade é **sempre** subsidiária, "de tal sorte que serão chamados para solver os

[7] BUENO, J. Hamilton. Desconsideração da personalidade jurídica. Doutrina e Jurisprudência. Aspectos materiais e processuais. *In* BUENO, Cássio Scarpinella (coord). **Impactos Processuais do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 97.

débitos sociais, até o limite da integralização do capital social, desde que caracterizada a insolvência da empresa" [8]. Faz-se oportuno destacar que,

> À vista do disposto no art. 1024 do CC e do art. 59 do CPC, que asseguram aos sócios o direito de exigirem o prévio exaurimento do patrimônio social, a subsdiariedade é a regra na responsabilização deles por obrigações da sociedade. Quando a lei qualifica de 'solidária' a responsabilidade dos sócios – ao delimitar a dos membros da Nome Coletivo (CC, art. 1039), dos comanditados da Comandita Simples (art. 1045), dos diretores da sociedade da Comadita por ações (art. 1052) –, ela se refere às relações entre eles; quer dizer, se um sócio descumpre sua obrigação, esta pode ser exigida dos demais. [9]

E ainda destacam Zanoti et al.:

> Portanto, diante de uma empresa constituída sob a característica de "responsabilidade limitada', o eventual credor deve levar em consideração que a garantia de recebimento dos seus créditos está limitada ao valor do capital social dela, vez que a responsabilidade dos sócios limita-se tão somente a integralizá-lo. Em ocorrendo a inadimplência da empresa, a responsabilidade individual de cada sócio estende-se, solidariamente, à plena integralização das cotas subscritas pelos outros sócios que, eventualmente, estejam em mora perante a sociedade. Contudo, ainda assim, a garantia que se pode proporcionar aos credores não ultrapassa ao montante contabilizado sob a rubrica de 'Capital Social'.

A propósito disso, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ribeiro da Costa, no julgamento do RE 21.742-SP da1ª. Turma já em 16 de junho de 1954 assim se pronunciava:

> Como os sócios da sociedade em nome coletivo, os da por cotas, também, e com acerto de cotistas chamados, respondem solidariamente pelas obrigações e dívidas sociais. Aqueles, ilimitadamente. Estes limitadamente, até o montante do capital social. Esta responsabilidade, todavia, apura-se em caso de falência. Só nesse caso. Fora dele não.

Todavia, há de se salientar que:

> [...] se o capital já houver sido integralizado, isto é, se todas as cotas estiverem inteiramente liberadas, nenhum cotista, como tal, poderá ser compelido a fazer qualquer prestação. Nada deve ele, nem à sociedade, nem aos credores dela, cuja garantia repousa exclusivamente (como na anônima) sobre o patrimônio social.[10]

[8] ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; MENDES, Marcelo Dorácio; ZANOTI, André Luiz Depes. Responsabilidade dos sócios no âmbito das sociedades limitadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1382, 14 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9743>. Acesso em: 28 set. 2010.
[9] COELHO, op. cit. p. 116.
[10] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial e terrestre**. Rio de Janeiro: 1967 p. 321

Assim, confere-se que somente com a plena integralização do capital social de uma sociedade de responsabilidade limitada é que se libera o cotista de ter que assumir o mencionado encargo suplementar. Esse entendimento, pacífico no Supremo Tribunal de Justiça, decorre da interpretação do artigo 1.016 do Código Civil quando comprovado que se o sócio-cotista não exercer atos que são próprios do administrador, nem participar de deliberações eivadas de irregularidades, que resultem em transtornos legais ou financeiros para a empresa, ele não responderá, com os seus bens pessoais, pela solução de débitos sociais.

Ao lado das sociedades com responsabilidade limitada, temos as sociedades com responsabilidade ilimitada, "em que todos os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais".[11] Nesta categoria se encontram as sociedades em nome coletivo e sociedades irregulares.

E por último as sociedades mistas possuem sócios de ambos os outros grupos: alguns com responsabilidade ilimitada e outros com responsabilidade limitada. Nesta categoria temos as sociedades em comandita simples (com o sócio comanditado responsável ilimitado e sócios comanditários responsável limitados) e comandita por ações (sócios diretores com responsabilidade ilimitada e acionistas limitada).

3. A desconsideraçao da personalidade jurídica

3.1. **Breve memória histórica**

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, diferentemente de muito do que há no direito, não decorre da ciência jurídica, mas da prática jurídica através da jurisprudência, em especial a dos Estados Unidos da América no começo do século XIX com o objetivo de coibir fraudes ou abuso de direito pelas sociedades.

Afirma Bueno[12] que, muito embora se atribua o marco inicial para o desenvolvimento desta teoria ao julgado *Salomon* x *Salomon & CO.*, ocorrido no ano de 1897 na Inglaterra, foi encontrado um julgado anterior nos Estados Unidos da América, no ano de 1890, que pode ser considerado como *leading case* para o desenvolvimento

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.
[12] BUENO, op. cit. p. 86.

deste instituto, no caso *Bank of United States* x *Deveaux* quando o juiz decidiu "por estender aos sócios os efeitos da personalidade da entidade da qual faziam parte."

No Brasil, a teoria foi se desenvolvendo aos poucos, através de decisões judiciais e estudos doutrinários com destaque especial a Rubens Requião, o primeiro doutrinador a tratar do instituto adequando-o ao ordenamento jurídico pátrio, e Fábio Konder Comparato que, diante da autonomia patrimonial da sociedade é o "idealizador da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com pressupostos objetivos [...] bastaria tão somente a confusão patrimonial dos bens do sócio com os da sociedade, para que o Judiciário aplicasse a teoria da desconsideração".[13]

3.2. **Teorias da desconsideração da personalidade jurídica**

Na esteira da doutrina de Fábio Ulhoa Coelho[14], a desconsideração da personalidade jurídica possui duas teorias, a maior e a menor.

A teoria maior, também pode ser denominada como teoria subjetiva, está condicionada à constatação de fraude ou abuso de direito, que seriam critérios subjetivos para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. O precursor dessa teoria no Brasil foi Rubens Requião[15] que ensina,

> Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro em o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Por outro lado, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica opõe-se ao subjetivismo da proposta maior. Não há preocupação em definir se houve ou não fraude ou abuso de direito pelos sócios na condução da sociedade. Teoria difundida por Fábio Konder Comparato estabelece um conjunto de fatores objetivos que fundamentariam a aplicação do instituto. Seriam eles: ausência do pressuposto formal estabelecido em lei, desparecimento do objetivo social específico ou do objetivo social e confusão entre estes e uma atividade ou interesse individual de um sócio.

[13] Ibidem, p. 90.
[14] COELHO, op. cit.
[15] REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica *(disregard doctrine)*. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 61

Inobstante a existência de duas teorias, no ordenamento jurídico do Brasil aplica-se a teoria maior, como se verifica pelo julgado REsp 970.635/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 10/11/2009, DJe 01/12/2009, abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica.
> - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.
> - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.
> - **Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios**. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (**grifo nosso**)

Em que pese a teoria adotada, para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica faz-se necessário o ajuizamento de ação, como será abaixo demonstrado.

4. Possibilidade de penhora de bens pessoais de terceiros – questão procedimental: a citação

Uma vez ajuizado o processo (que pode ser tanto de conhecimento, em fase de cumprimento de sentença, como de execução) em face da pessoa jurídica e demonstrada a necessidade de aplicar o instituto da desconsideração da pessoa jurídica diante da comprovada fraude a execução ou abuso de poder, há que se frisar como se dará a execução forçada aos bens do sócio responsável, ou dos demais sócios, dessa sociedade.

Em primeiro, há que levar em consideração qual a participação deste sócio (cujos bens serão atingidos e buscados para solver a dívida executada) na sociedade, ou seja, sua responsabilidade: se limitada (Sociedade por Ações, Limitada, Comandita Simples - Comanditário, e Comandita por ações - Acionista) ou ilimitada (Simples, Comandita por ações – Sócio diretores, Comandita Simples - Comanditado, em Nome

Coletivo ou Sociedade Irregular). Como aduz Campinho[16] "a responsabilidade pelas dívidas da sociedade não é fato indissociável da condição de sócio, dependendo do contexto societário no qual ele está inserido".

Pode-se questionar que diferença fará saber ou não o tipo de responsabilidade para questões processuais? Ora, saber a exata qualificação do sócio mostrará a necessidade ou não da citação pessoal do sócio para que seus bens sejam atingidos pela execução.

É sabido que somente com a citação válida que se perfectibiliza a relação jurídica processual, logo sua inexistência inviabiliza um desenrolar perfeito do processo judicial. Será um processo vicioso. Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 12.685-SP assim se manifestou:

> **Nula a citação, não se constitui a relação jurídica processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I)**
> Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser o caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo a partir do momento em que se verificou o vício. (**sem grifo no original**)

Surge dúvida quanto como será realizada a penhora dos bens particulares do sócio ou responsável pela pessoa jurídica. Ou seja, o responsável ou sócio (p.ex., sócio cujo nome não conste na CDA), para que seus bens sejam atingidos pela execução, deve ser citado pessoalmente ou não?

Na doutrina brasileira existem duas teorias sobre a forma de aplicação processual do instituto do *disregard doctrine* levando em consideração o momento oportuno e a forma como o juiz deve aplicá-lo.

De forma sintética, para a primeira corrente, uma vez considerado ser aplicado o instituto da desconsideração da pessoa jurídica haveria a necessidade de ajuizar via processo autônomo (uma ação de conhecimento paralela à ação executiva ou cumprimento de sentença), agora em face do sócio ou representante da pessoa jurídica, não mais a pessoa jurídica. Isso porque o objetivo é formar um novo título executivo judicial que permita, assim, a invasão na esfera patrimonial do novo devedor.[17]

---

[16] CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

[17] Nesse sentido TJSC AI 2005.014928-0, Caçador, Des. Fernando Carioni. "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR

Ao levar em consideração a teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica, para qual o magistrado não pode declarar a ruptura da autonomia patrimonial em despacho em processo de execução ou cumprimento de sentença, salienta Fábio Ulhoa Coelho[18] que: ”Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiros a discussão sobre a fraude, porque isto significaria uma inversão do ônus probatório”.

Justifica-se, pois, ao se declarar a responsabilidade via ação executiva o magistrado acaba adotando a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, “baseados nos pressupostos de insolvibilidade e insatisfação do crédito” [19] (que simplifica a discussão) para eventual discussão em embargos de terceiro, o que implica na responsabilização dos sócios demandados sem atendimento ao devido processo legal a uma por não terem participado da lide do processo de conhecimento e a dois, por não ser-lhe proporcionado a discussão da matéria da sentença em razão da coisa julgada, contrariando em todos os aspectos o disposto na Constituição Federal.

A segunda corrente, ao contrário, sustenta que o instituto da desconsideração da pessoa jurídica não se dá de forma autônoma, mas sim incidental, nos autos da própria execução ou cumprimento de sentença diante da demonstração probatória de fraude ou má utilização da pessoa jurídica. Deste ponto em diante poderá incidir constrição sobre os bens particulares dos sócios ou responsável da pessoa jurídica ou ainda de outras pessoas jurídicas (se houver), “mas nunca fazendo com que esses terceiros passem a fazer parte da execução”.

Nesse sentido encontra-se o REsp 332763 / SP, Recurso Especial n. 2001/0096894-8 da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, pela Terceira Turma, julgado em 30/04/2002:

> Processual Civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Acórdão. Revelia. Efeitos. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Gestão fraudulenta. Desconsideração da personalidade jurídica

SOLVENTE - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - COMPROVAÇÃO INEXISTENTE - NECESSÁRIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO COGNITIVO - RECURSO PROVIDO
Para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por ser medida excepcional, possibilitando a penhora de bens particulares dos sócios, **é indispensável a dilação probatória pela propositura de processo de conhecimento**, no qual se busca comprovar que os sócios agiram, alternativamente, com abuso de direito, desvio de poder, fraude à lei, violação aos estatutos ou ao contrato social ou em palmar prejuízo a terceiros.”

[18] COELHO, op. cit., p. 55
[19] BUENO, op. cit., p. 93.

> da pessoa jurídica devedora. Extensão dos efeitos ao sócio majoritário e às demais sociedades do grupo. Possibilidade.
> - A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do Juiz. Precedentes.
> - Havendo gestão fraudulenta e pertencendo a pessoa jurídica devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legitima a desconsideração da personalidade jurídica da devedora para que os efeitos da execução alcancem as demais sociedades do grupo e os bens do sócio majoritário.
> - **A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros**. (**sem grifo no original**)

E ainda,

> Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial às demais sociedades do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.
> - Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.
> - **A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros**.
> Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos." (STJ, Terceira Turma, RMS 14168 / SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 05.08.2002 p. 323 – **sem grifo no original**)

Barreto[20] entende que, neste caso, ainda que seja incidental a aplicação do instituto, a petição inicial da execução ou ainda do processo de conhecimento deve

[20] BARRETO, op. cit. p. 362. E ainda, sobre o assunto: "Desta forma, se no momento da propositura da ação o autor não possuir razões para pedir a desconsideração da personalidade jurídica, ela será proposta apenas contra a pessoa jurídica. Contudo, se for verificado no transcorrer do processo de conhecimento ou de execução, qualquer das hipóteses que autorizam a desconsideração, poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, desconsiderar a pessoa jurídica, a fim de que os sócios ou administradores sejam considerados responsáveis. Haverá, neste caso, a inclusão no pólo passivo da ação de mais um indivíduo, tudo em conformidade com o artigo 592, II e 596 do Código de Processo Civil." p. 363.

conter além da qualificação da pessoa jurídica no pólo passivo, a nomeação dos sócios. Quando houver apenas a pessoa jurídica o processo deve ser julgado improcedente.

> Nesse caso, o juiz só poderá desconsiderar a personalidade jurídica por meio de ação cognitiva própria, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou administradores.
> A ação deverá ser movida em face destes últimos e não contra a sociedade empresária, haja vista os atos de improbidade terem se originado dos sócios ou controladores da sociedade, sobre quem recai a responsabilidade pelos prejuízos causados.
> Demandar contra a sociedade, nesse caso, seria inadequado, haja vista o autor buscar a responsabilização dos sócios ou administradores, sendo a sociedade parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, devendo o processo ser extinto (em relação à sociedade), sem julgamento do mérito. Deverá, ainda, o credor demonstrar a presença (provas concretas e não apenas indícios) de fraude ou abuso.

Todo esse tratamento decorre exclusivamente do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, pois caso contrário, haverá confusão patrimonial e não respeito ao princípio do devido processo legal, o que não se verifica, como será demonstrado mais adiante, em relação à responsabilidade ilimitada do sócio.

Qualquer discussão seria então debatida em sede de embargos[21] do devedor[22] (art. 736, 741 e 744 CPC); exceção de pré-executividade[23]; embargos de terceiro[24] (art. 1046 e seguintes do CPC); embargos à arrematação ou adjudicação[25] (art. 746 CPC) ou impugnação (art. 475-L CPC)[26].

Esse entendimento, da necessidade de realizar a citação pessoal do sócio, que eventualmente pode ter seus bens constritos pela execução, não é novidade no âmbito de nossos tribunais. Nesse sentido TJSE Apelação Cível n. 2612/2009 de relatoria do Desembargador Cezário Siqueira Neto**:**

> Fazendo uma breve ponderação sobre o emprego da *disregard doctrine*, é

[21] José Haroldo Cintra Gonçalves Pereira entende ser profunda a relação do instituto da desconsideração da pessoa jurídica e os embargos de terceiros isso porque para ser aplicada pressupõe a responsabilidade secundária do sócio que permite a invasão patrimonial (PEREIRA, Jose Haroldo Cintra Gonçalves. **Dos embargos de terceiro**. São Paulo, Atlas, 2002, p. 43-46. Nesse sentido: TJSC Ap.Cív. 2002.017923-5, 3ª Câmara de Direito Civil, Des. Fernando Carioni: "A insurgência dos sócios que tiveram seus bens particulares penhorados deve se dar por meio de embargos de terceiro e não por embargos do devedor opostos pela empresa executada".
[22] Cabível nas execuções iniciais, ou seja, ajuizada contra o sócio em litisconsórcio e após a penhora.
[23] Pode ser utilizando nas execuções iniciais ou ulterior (responsabilidade do sócio é decorrente de título executivo judicial ou extrajudicial) e antes da penhora "exatamente para evitar o constrangimento ilegal dela resultante, no caso de execução absolutamente nula quanto ao devedor excipiente" (BUENO, op. cit. p. 109).
[24] Cabível quando o sócio se torna legitimado passivo ulterior em decorrência da desconsideração.
[25] Cabível tanto no ajuizamento inicial como no ulterior.
[26] Cabível em fase de cumprimento de sentença.

> cediço que o patrimônio dos sócios pode ser destinado a solver dívidas contraídas pela pessoa jurídica, desde que presentes alguns requisitos.
> O novo Código Civil dispõe sobre a questão em seu art. 50, *in verbis*:
> "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."
> O Código de Processo Civil também prevê a responsabilidade patrimonial dos sócios por dívidas contraídas pela sociedade, ante a prática de atos a frustrar a execução, em seus arts. 592, II, e 596.
> Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:
> II - do sócio, nos termos da lei; (...)
> Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.
> A teoria da desconsideração da Personalidade Jurídica vem sendo aplicada a fim de que o patrimônio dos sócios e administradores de empresas seja alcançado para a quitação de dívidas contraídas em nome da pessoa jurídica. Todo o histórico do surgimento e desenvolvimento da *disregard doctrine* remete à necessidade de se impedir abusos e fraudes pela utilização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.
> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explanando sobre desconsideração da personalidade jurídica, disseram que: "Segundo a novel regra legal, a desconsideração será possível, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir, se o abuso consistir em:
> a) desvio de finalidade;
> b) confusão patrimonial.
> No primeiro caso, desvirtuou-se o objetivo social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. No segundo, a atuação do sócio ou administrador confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, utilizada como verdadeiro escudo, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos. (In, Direito Civil, Parte Geral, vol. I, 5ª ed., Editora Saraiva, 2004, p. 236)

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido no julgamento do REsp 686112 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0133803-4 da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, da Quarta Turma do STJ, publicado no DJe 28/04/2008:

> PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO.
> 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais.
> 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada.
> 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes.

> 4. Recurso especial não-conhecido.

A propósito, Ramos[27] comenta:

> Outro aspecto processual relevante acerca da aplicação da teoria da desconsideração não decorre da simples leitura do art. 50 do CC, mas do respeito aos postulados do devido processo legal, assegurados às partes pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso, LV. Sendo assim, em qualquer processo no qual for requerida a desconsideração da personalidade jurídica deve o juiz determinar a oitiva das partes interessadas, ou seja, daqueles cujos bens podem ser atingidos em decorrência da desconsideração.

Assim, a partir do momento em que determinada pessoa se torna responsável por saldar dívida executada em juízo, perde a qualidade de terceiro e passa a ser devedora também. Nesse caso, deverá integrar a relação processual como parte, vez que é inadmissível a constrição de bens pertencentes à pessoa alheia à lide. Apenas após a citação, quando será prestada homenagem ao princípio constitucional do contraditório, é que a execução ou cumprimento de sentença poderá recair sobre aquele que assumiu a responsabilidade do devedor original. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica servirá à busca de outros legitimados a integrar o pólo passivo da execução. Ressaltando-se que, em casos tais, os sócios ou demais empresas pertencentes a um mesmo grupo assumirão a qualidade de parte, sendo-lhes garantidos os mesmos meios de defesa de que dispõe o devedor.

Destacando que,

> É vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio.[28]

Em razão disso há a necessidade de se realizar tanto a citação como a intimação do sócio para que a extensão dos efeitos das obrigações não atinja sócio desobrigado de responsabilização e isso será verificado através da ampla defesa e do contraditório (para os adeptos da primeira corrente através de contestação, para os da segunda corrente, via embargos ou impugnação).

Porém o mesmo tratamento não recebe o sócio com responsabilidade ilimitada. Um dos pressupostos para a existência do instituto da desconsideração da personalidade é a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Quando se fala em sociedades com

[27] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial.** 3.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 342.
[28] BARRETO, op. cit. p. 360.

responsabilidade ilimitada não há autonomia patrimonial entre os sócios e a sociedade, há, pelo contrário, confusão.

Como salienta Barreto:[29]

> [...] a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplica-se apenas sobre os entes dotados de personalidade jurídica distinta da de seus membros, objetivando responsabilizar seus sócios ou administradores que porventura tenham praticado atos abusivos ou fraudulentos por intermédio do uso da pessoa jurídica. Não se trata de anular a pessoa jurídica, mas apenas desconsiderar sua personalidade em um determinado caso concreto, permanecendo válida para todos os outros efeitos.

Logo, não são todos os tipos societários que podem ter sua personalidade desconsiderada judicialmente para a invasão do patrimônio do sócio apenas a sociedade limitada e a sociedade por ações. Porém, apenas quando houver sócio com responsabilidade limitada é que deverá haver a citação ou intimação (quando o sócio já compuser o pólo passivo) pessoal do sócio para eventual restrição de seus bens pessoais exatamente por haver uma autonomia patrimonial o que não se verifica nos casos de responsabilidade ilimitada. Citar, nesta situação, acaba sendo um artifício contrário a celeridade.

5. A desconsideração da personalidade jurídica e o projeto do código de processo civil

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica não passou despercebido pelos redatores do projeto de lei do novo Código de Processo Civil n. 8046/2010. A matéria é tratada em capítulo próprio, Capítulo II, como incidente processual, nos artigos 77, 78 e 79 e no artigo 719 e seus quatro parágrafos.

O instituto, se requerido pela parte ou pelo Ministério Público, será aplicado pelo juiz por via incidental, sofrendo os bens particulares dos administradores, sócios ou de empresas do mesmo grupo econômico constrição, sejam eles tanto presentes como futuros.

Diferentemente do anteprojeto, o Projeto acrescentou artigo 77 parágrafo único com dois incisos os quais atribuem que o incidente "pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio" e, em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

[29] BARRETO, op. cit. p. 355

Verifica-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil delimitou a dúvida acerca da necessidade da propositura ou não de nova ação para a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, tanto no caso de execução como na fase de cumprimento de sentença quando o sócio ou responsável não for parte no processo,[30] a defesa se dará via embargos de terceiro[31] nos termos dos artigos 660 em diante, ou em sendo parte no processo no caso de cumprimento de sentença o determinado pelo artigo 511, parágrafo 4º[32] que prevê a manifestação sobre questões relativas à validade e à adequação da penhora e dos atos executivos subseqüentes mediante simples petição nos mesmos autos.

Percebe-se que o projeto do novo Código de Processo Civil aplica tanto a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica como a teoria menor. No trato da matéria, inciso II do parágrafo único do artigo 77, o legislador reconhece a aplicação da teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica, quando faz referência à sua aplicação no caso de fraude ou abuso de direito pelos sócios na condução da sociedade, bem como inova ao inserir no diploma processual o reconhecimento da aplicação da teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica, quando faz referência à sua aplicação se ocorrer um conjunto de fatores objetivos que fundamentariam a aplicação do instituto no caso de abuso da personalidade jurídica.

Evidente que a preocupação maior do legislador foi responsabilizar a pessoa jurídica pelos atos que pratica, reconhecendo os fundamentos da sua existência: autonomia e responsabilidade patrimonial. Por outro vértice, buscou também aumentar a segurança jurídica nos atos negociais, ao reconhecer que abusos de direito – que impliquem em intervenções negativas no mercado e nas relações negociais, devem ser prontamente refreados.

Evidente as implicações deste ato em relação às pessoas dos sócios, bem como administradores; implicações econômicas e/ou penais. Entretanto, ao adotar a teoria

[30] **Art. 661.** Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da adjudicação, alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.
[31] **Art. 660.** Quem, não sendo parte no processo, constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenham direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer o seu desfazimento por meio de embargos.[..]
[32] **Art. 511. [...] §4º** As questões relativas à validade e à adequação da penhora e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado por simples petição.

menor da desconsideração da personalidade jurídica, o legislador buscou resguardar o sócio atingido pela desconsideração que não tenha praticados os atos violadores, como reconhecido na teoria maior. Neste caso, pode o sócio, por economia processual, utilizar do mesmo processo para executar a sociedade, como se observa da leitura do artigo 752, parágrafo terceiro: "O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo". Verifica-se claramente o emprego, pelos redatores do projeto, do princípio da economia e celeridade processual. Todavia, salienta-se que para que isso seja possível, o sócio em questão não pode ser o responsável pela aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Caso contrário, haveria um benefício por ato fraudulento, o que é repudiado pelo direito.

Faz-se oportuno salientar que o anteprojeto do NCPC previa a condenação do vencido em custas e demais despesas com o processo incidental, conforme se verifica pela redação do artigo 72 quando se afirmava que "Ao decidir qualquer incidente, o juiz condenará nas despesas o vencido". A mesma redação não foi recepcionada no Projeto atual. Da mesma forma, não haverá condenação em honorários advocatícios específico para o incidente, apenas no processo principal nos termos do artigo 85 e seguintes, inclusive se ocorrer sucumbência recíproca, quando então haverá pagamento por ambas as partes e de maneira proporcional (artigo 88).

E ainda, se por ventura, houver danos ao sócio devedor diante da declaração de inexistência da obrigação que ensejou a execução, no todo ou em parte, será o mesmo ressarcido nos termos do artigo 735 do Projeto do novo Código de Processo Civil.

Por fim, o recurso cabível contra a decisão em questão que analisar a matéria será o agravo de instrumento, isto porque a sentença proferida tem natureza de decisão interlocutória, nos termos do artigo 79 do Projeto.

6. Considerações finais

A sociedade empresária constitui, sem dúvidas, um dos principais agentes de desenvolvimento econômico e social. Por sua autonomia patrimonial, responde, com seu patrimônio, pelas obrigações que contrata. A questão que se colocou para análise neste texto foi a utilização dessa autonomia patrimonial para exonerar-se de cumprir as obrigações, em particular aquelas relativas aos encargos sociais.

Como destacado, o direito buscou na *disregard doctrine* o instrumento para fazer frente à essa nova realidade que se impõe, particularmente, ao direito do trabalho e ao direito das obrigações e contratos. Evidente que a antiga estrutura jurídica não dava conta dessas novas demandas, particularmente por fundamentar a possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica tão somente a comprovação da fraude ou da má fé. Atos temerários dos administradores que colocavam a sociedade empresária em situação falimentar, não eram suficientes para permitir a expropriação de bens particulares dos sócios para pagamento das obrigações. Havia necessidade de avanços, particularmente porque o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem se demonstrado como uma excelente ferramenta para evitar o uso abusivo e indiscriminado da sociedade através de seus administradores ou sócios, suspendendo-se a eficácia do princípio da autonomia patrimonial sendo possível assim saldar as dívidas contraídas formalmente pela pessoa jurídica, pelo patrimônio particular dos sócios.

É certo que para a aplicação desse princípio, devem ser observados algums elementos. Em primeiro, e mais importante, a configuração de fraude ou abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou ainda pela confusão patrimonial (art. 50 do CC) pela sociedade contra os credores; em segundo, verificação do tipo societário, uma vez que apenas podem ter sua personalidade desconsiderada judicialmente para a invasão do patrimônio do sócio as sociedades limitada e a sociedade por ações, ou seja, aquelas que pelo seu tipo societário visam a separação de patrimônios; em terceiro, já em âmbito processual após a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, a possibilidade de penhora de bens pessoais de terceiros.

Em respeito aos princípios constitucionais, para a efetivação da penhora, esse texto estabeleceu como questão central se o responsável ou sócio (p.ex., sócio cujo nome não conste na CDA), para que seus bens sejam atingidos pela execução, deve ser citado e/ou intimado (quando o sócio já compuser o pólo passivo) pessoalmente ou não, tendo sido certo que a resposta tem que considerar primeiro, o tipo de responsabilidade dos sócios na sociedade. Conforme exposto, quando há responsabilidade ilimitada, há confusão patrimonial entre o patrimônio da sociedade e patrimônio do sócio. Nesses casos, em respeito ao princípio da celeridade processual, dispensa-se a citação ou intimação, uma vez que a responsabilidade é solidária.

Todavia, quando a responsabilidade do sócio for limitada, como é o caso das sociedades limitadas e sociedades anônimas, a responsabilidade pelas dívidas da sociedade é subsidiária, o que implica em primeiro a busca pelo patrimônio da sociedade e após a dos sócios e responsáveis. E mais, nesses casos, a penhora dos bens dos sócios não pode ocorrer de forma indiscriminada. Para que ocorra, faz-se necessário a citação e/ou intimação do sócio ou responsável, em respeitos ao princípio do devido processo legal.

O projeto do novo Código de Processo Civil não deixou sem tratamento a matéria. Pelo contrário, disciplinou todo o procedimento para aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica em capítulo próprio (Capítulo II) e artigos espalhados pelo corpo do texto legal. A participação do sócio, para possível execução de seus bens, será por via incidental, com intimação pessoal e prazo para defesa, e arbitramento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Diante do exposto, é possível concluir que não são todos os tipos societários que podem ter sua personalidade desconsiderada judicialmente para a invasão do patrimônio do sócio, mas apenas a sociedade limitada e a sociedade por ações. E ainda, apenas quando houver sócio com responsabilidade limitada é que deverá haver a citação ou intimação pessoal do sócio para eventual restrição de seus bens pessoais exatamente por haver uma autonomia patrimonial, o que não se verifica nos casos de responsabilidade ilimitada.

Mudanças ocorrerão com a promulgação do projeto do novo Código de Processo Civil, e que certamente chegarão aos tribunais. Mas o importante é destacar que o instituto da desconsideração da personalidade continua sendo de extraordinária aplicação e de extrema importância para a solvência de débitos adquiridos por sociedades empresárias com o objetivo de fraudar credores.

7. Referencias bibliográficas

BARRETO, Leonardo Lumack do Monte. Desconsideração Da Personalidade Jurídica: Aspectos Gerais E Processuais Do Instituto *in* Revista da ESMAPE / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco v. 10. n . 21 jan/jun 2005.

BARUFFI, H. **Metodologia da Pesquisa:** orientações metodológicas para a elaboração da monografia. 4.ed.rev. e atual.Dourados: HBedit, 2004.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial e terrestre**. Rio de Janeiro: 1967 p. 321

BUENO, J. Hamilton. Desconsideração da personalidade jurídica. Doutrina e Jurisprudencia. Aspectos materiais e processuais. *In* BUENO, Cássio Scarpinella (coord). **Impactos Processuais do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. II.

_____. **Manual de Direito Comercial.** Direito de Empresa. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002.** 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P. 80

PEREIRA, Jose Haroldo Cintra Gonçalves. **Dos embargos de terceiro**. São Paulo, Atlas, 2002

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial.** 3.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica *(disregard doctrine)*. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 8.ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Editora Freita Bastos, 1996, v. 1. p. 374.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; MENDES, Marcelo Dorácio; ZANOTI, André Luiz Depes. Responsabilidade dos sócios no âmbito das sociedades limitadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1382, 14 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9743>. Acesso em: 28 set. 2010.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Felippe Borring Rocha

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Direito. Professor de graduação e pós-gradução em Direito, bem como de cursos preparatórios para concurso na área jurídica.

Resumo: O presente artigo é dedicado à análise crítica das regras relativas à Teoria Geral dos Recursos contida no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (Novo Código de Processo Civil), destacando a sua nova colocação no texto, as regras que foram mantidas e aquelas que foram alteradas.

Abstract*:* This article is dedicated to the critical analisys of Appeal's General Theory contained in Senate Bill of Law nº 166/2010 (New Code of Civil Procedure), highlighting its new placement in the text, the rules were kept and those that have changed.

Palavras-chave: Processo civil, recursos, projeto de lei 166/2010, novo Código de Processo Civil.

Keywords: Civil Procedure. Appeal. Senate Bill of Law nº 166/2010. New Civil Procedure Code.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Teoria Geral dos Recursos no NCPC; 2.1. Rol dos recursos e seus prazos; 2.2. Efeito suspensivo dos recursos; 2.3. Legitimidade recursal; 2.4. Recurso adesivo; 2.5. Desistência do recurso; 2.6. Renúncia do recurso; 2.7. Classificação da renúncia (tácita e expressa); 2.8. Irrecorribilidade dos despachos; 2.9. Amplitude objetiva do recurso; 2.10. Contagem do prazo recursal; 2.11. Suspensão do prazo recursal; 2.12. Extensão subjetiva dos recursos; 2.13. Baixa dos autos à instância de origem; 2.14. Preparo e deserção; 2.15. Efeito substitutivo do recurso; 2.16. Sucumbência em grau recursal; 3. Conclusões.

1. Introdução

Em junho de 2010, a Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal[1] apresentou o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil – NCPC.[2] A principal

1 Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009.

justificativa para tal empreitada foi o fato do Código vigente, após inúmeras reformas e alterações legislativas, estar desfigurado. Neste sentido, tornou-se lugar comum entre os doutrinadores dizer que o CPC virou uma "colcha de retalhos".

Consoante, a Comissão buscou essencialmente reestruturar o conteúdo do CPC atual, à luz dos novos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais, corrigindo ou eliminando os institutos vistos como inadequados e acrescentando novos. O resultado é que o NCPC traz em seu corpo boa parte dos dispositivos que já existem no CPC atual. Vários artigos foram copiados e outros foram reescritos com pequenas correções ou acréscimos específicos. Isso faz com que o leitor se sinta familiarizado com o texto do Anteprojeto durante a sua leitura.[3]

A nova roupagem do Código é mais lógica e mais bem organizada do que o vigente, o que melhora a compreensão do sistema como um todo. Além disso, a Comissão procurou alinhar o novo Código ao Estado Constitucional e ao modelo constitucional de processo civil.[4] Isso fica muito claro nos comandos enfeixados nos dispositivos iniciais do NCPC (art. 3º ao 11).

De plano, portanto, é possível afirmar que o NCPC tem inúmeros pontos positivos. Como não poderia deixar de ser, com uma análise mais detida, também é possível identificar alguns pontos negativos. Um dos aspectos que sobressai negativamente da análise do Anteprojeto, por exemplo, é a falta de um maior desprendimento do texto do Código de 1973. A Comissão perdeu algumas boas oportunidades de aprimorar os dispositivos que reproduziu. Deixou também de inserir disposições que, pacificadas na doutrina e jurisprudência, poderiam trazer maior estabilidade e fluidez aos componentes do modelo legal.

O maior "pecado" do Anteprojeto, entretanto, não advém do seu texto, mas de sua elaboração. De fato, parece claro que a Comissão teve que submeter seus trabalhos ao calendário político do Senado Federal. Com isso, a percepção que se tem na comunidade jurídica é que o texto foi feito com pressa e sem a realização de um

2 Tal anteprojeto foi imediatamente transformado em projeto de lei e remetido ao Senado, onde tornou-se o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010.

3 Como bem assinalado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (**O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56), o NCPC não representa uma nova codificação, no sentido de ruptura com o sistema anterior e implantação de uma renovação metodológica, mas de verdadeira consolidação (reorganização das normas já existentes).

4 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

verdadeiro debate em torno de suas propostas. As audiências públicas foram realizadas antes da conclusão dos trabalhos, sem a divulgação prévia de um texto base para orientar as sugestões.[5] O texto, com exceção de uns poucos trechos, foram mantidos em sigilo, até a sua apresentação no Senado. Imediatamente, o material se transformou em projeto de lei, sem que, nesta passagem, fosse possível qualquer discussão.

Destarte, o NCPC é muito bom e certamente trará ganhos para a sociedade e para a ciência jurídica, mas não contou com a efetiva participação da sociedade e da academia, que teve que se contentar com o acolhimento das sugestões pontuais enviadas e com a representação dos ilustres membros da Comissão, que fizeram um notável trabalho.

2. A teoria geral dos recursos no ncpc

2.1. Rol dos recursos e seus prazos

NCPC	CPC ATUAL
TÍTULO II DOS RECURSOS CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS Art. 907. São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – **agravo de instrumento**; III – **agravo interno**; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência. Parágrafo único. **Exceto os embargos de declaração, os recursos são interponíveis em quinze dias úteis**.	TÍTULO X DOS RECURSOS CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; **II - agravo;** **III - embargos infringentes;** IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; Vl - recurso especial; Vll - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Art. 508. **Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso**

5 A Comissão de Juristas divulgou apenas um estudo inicial, contendo as decisões acerca das proposições temáticas.

	extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.

O art. 907 do NCPC abre o capítulo nomeado de "disposições gerais". Nele são tratadas as bases daquilo que a doutrina chama de Teoria Geral dos Recursos,[6] ou seja, as espécies de recurso, seus efeitos, seus requisitos gerias, os direitos e deveres em matéria de recurso etc. A Comissão poderia ter avançado no seu aperfeiçoamento científico deste capítulo, prevendo alguns princípios recursais (duplo grau, unirrecorribilidade, fungibilidade, ***ne reformatio in pejus*** etc), ampliando o regramento dos efeitos, especialmente dos efeitos de julgamento, dentre outras medidas.[7] Optou basicamente por repetir as normas já existentes no CPC atual, que, por sua vez, já havia repetido o CPC de 1939.[8]

De plano, três aspectos chamam a atenção no art. 907 do NCPC, em relação ao atual CPC: a retirada dos embargos infringentes e do agravo retido do rol de recursos; a previsão expressa dos agravos de instrumento e interno; e a alteração dos prazos recursais.

A exclusão dos embargos infringentes é bem-vinda e encontra apoio na maioria dos doutrinadores pátrios, que não viam justificativa na manutenção de um recurso voltado a promover a revisão de uma decisão pelo simples fato de ela não ter sido unânime.[9] Ademais, um dos objetivos do NCPC é dar seguimento a uma tendência atual, qual seja, a centralização os esforços na construção de uma jurisprudência superior, em detrimento da posição dos juízes e dos tribunais inferiores. O foco contemporâneo é, por assim dizer, apaziguar os dissídios jurisprudenciais dentro dos tribunais superiores e entre eles e os tribunais inferiores. Neste contexto, a

6 Sobre a importância da construção da Teoria Geral dos Recursos, veja-se o nosso **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Elsevir, 2008, p. 22.

7 O CPC Português, por exemplo, nas disposições gerais do seu capítulo sobre recursos, tem interessantes disposições sobre os ônus e encargos do recorrente (art. 690 e 691) que poderiam ter sido incorporadas ao ordenamento pátrio.

8 A crítica, portanto, não é nova, como se pode vislumbrar das anotações feitas por José Carlos Barbosa Moreira desde a edição do atual CPC (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 273).

9 Sublinhando o repúdio aos embargos infringentes, registre-se, por todos, as manifestações de José Carlos Barbosa Moreira, desde a edição do atual CPC (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 514), e Araken de Assis (**Manual dos Recursos**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 559). Ambos destacam que o próprio Alfredo Buzaid, elaborador do Anteprojeto que deu origem ao atual CPC, não previa a figura dos embargos infringentes.

uniformização interna nos tribunais inferiores perde prioridade.[10] Tanto é verdade que outro recurso de uniformização interno, os embargos de divergência, foi mantido exatamente porque é utilizável apenas no STJ e no STF (art. 959/960 do NCPC). Da mesma maneira, os mecanismos de julgamento dos recursos excepcionais (art. 953/958 do NCPC), a determinação de velar pela jurisprudência do STF e dos tribunais superiores (art. 842, IV, do NCPC), os critérios para julgamento monocrático do relator (art. 853 do NCPC), dentre outros, são exemplos da concepção de primazia da jurisprudência superior, em detrimento dos posicionamentos dos órgãos de instância ordinária. Trata-se, pois, de mais um exemplo de declínio, na esfera judiciária, do já tão fragilizado princípio federativo.

A previsão expressa dos agravos de instrumento, por seu turno, representa inovação digna de aplauso. A previsão genérica, contida no atual art. 496, II, do CPC, não correspondia à especificação necessária das espécies de recursos existentes. Destarte, com o fim do agravo retido (art. 929, parágrafo único, do NCPC), o agravo de instrumento passa a ser a única modalidade de agravo de primeira instância, sendo justificada sua menção própria no rol de recursos. A nota negativa fica por conta da manutenção do ***nomen iuris*** "agravo de instrumento" para o recurso contra a decisão que inadmite, na origem, o recurso excepcional (art. 951 do NCPC). Ademais, independentemente do nome, esta modalidade de recurso deveria ter sido incluída no rol do art. 907 do NCPC, em inciso próprio, já que não se confunde com o recurso homônimo.

Registre-se, ainda, a adequada previsão do agravo interno no rol de recursos e a uniformização de seu nome. De fato, era insustentável a existência de pelo menos seis nomes diferentes para designar esta modalidade de recurso (além de agravo interno, agravo regimental, agravinho, agravo inominado, agravo de mesa e agravo por petição). Optou, assim, a Comissão pela nomenclatura mais utilizada pela doutrina moderna.[11]

Por fim, o parágrafo único do art. 907 do NCPC unificou o prazo recursal em quinze dias úteis, exceto no caso dos embargos de declaração, que permanecem com o prazo de cinco dias (art. 937, parágrafo único, do NCPC). Na prática, o resultado da alteração é a ampliação dos prazos dos agravos, já que os demais recursos já têm o

10 Ainda assim, merece destaque a possibilidade de instauração, nas instâncias ordinárias, do incidente de resolução de demandas coletivas (art. 895/906 do NCPC).

11 Dentre os autores que já utilizam a nomenclatura agravo interno, veja-se, por todos, Araken de Assis (**Manual dos Recursos**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 495).

prazo de quinze dias. A toda evidência, trata-se de medida acertada, uma vez que não raras vezes a preparação de um agravo consome mais tempo e energia do que a preparação, por exemplo, de uma apelação. Não são tais prazos, certamente, os responsáveis pelo retardo na prestação jurisdicional ou mesmo pela longa tramitação dos recursos. Saliente-se, ainda, que no direito estrangeiro os prazos recursais costumam ser bem mais dilatados do que os prazos pátrios.

2.2. Efeito suspensivo dos recursos

NCPC	CPC ATUAL
Art. 908. **Os recursos**, salvo disposição legal em sentido diverso, **não impedem a eficácia da decisão**. § 1º **A eficácia da sentença** poderá ser suspensa pelo **relator** se demonstrada **probabilidade de provimento do recurso**. § 2º O **pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal**, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.	Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei. Art. 520. A **apelação** será recebida em seu **efeito devolutivo** e **suspensivo**. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (...) Art. 558. O **relator** poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar **lesão grave e de difícil reparação**, sendo **relevante a fundamentação**, **suspender o cumprimento da decisão** até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos **relativos aos efeitos em que a apelação é recebida**, quando será admitida a sua interposição **por instrumento**.

Talvez uma das maiores inovações da parte geral dos recursos foi a alteração do paradigma recursal do duplo efeito (devolutivo e suspensivo). O vigente CPC assinala quais são os recursos que não têm efeito suspensivo com regra (art. 496), tratando como regra aqueles que o têm.[12] O art. 908 do NCPC estabelece que, salvo disposição em

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283.

contrário, os recursos serão recebidos somente no efeito devolutivo. Com a eliminação dos embargos infringentes, os dois recursos atingidos pela medida são a apelação (art. 923/928 do NCPC) e o recurso ordinário (art. 942/943 do NCPC). Os demais recursos hoje existentes já não tinham efeito suspensivo como regra legal (***opi legis***).

Assim, a previsão contida no caput do art. 908 do NCPC corrige uma das mais vetustas distorções do sistema processual civil brasileiro: o efeito suspensivo ***opi legis*** da apelação.[13] É inconcebível, num modelo recursal moderno, partir da premissa de que a sentença pode ser alterada pela apelação e, portanto, não deve produzir efeito senão após o julgamento recursal na instância superior. O equívoco desta construção ficou ainda mais evidente depois da introdução da tutela antecipada no CPC, em 1994.[14] Com ela, uma decisão interlocutória, galgada no juízo de cognição sumário e impugnável por agravo, poderia executada imediatamente, enquanto que a sentença, fundada em cognição exauriente, fica paralisada até o julgamento da apelação, salvo hipóteses específicas (art. 520, segunda parte, do CPC). Tanto que, ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência construíram o entendimento de que a tutela antecipada poderia ser deferida dentro do corpo da sentença, exatamente para retirar o efeito suspensivo de eventual apelação interposta.[15] O sistema dos Juizados Especiais, por sua vez, já foi criado sob a égide da concessão ***opi iudicis*** do efeito suspensivo ao recurso inominado (art. 43 da Lei nº 9.099/95).[16]

Portanto, bastante louvável o término, salvo em hipóteses específicas, do efeito suspensivo ***opi legis***. O problema do dispositivo é que o modelo de concessão do efeito suspensivo pelo julgador (***opi iudicis***) ficou aquém do que se esperava. Em primeiro lugar, a Comissão retirou daquele que julgou a causa, o juiz de primeira instância, a possibilidade de tratar da questão.[17] Os parágrafos do art. 908 do NCPC deixam claro

13 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

14 A tutela antecipada, já existente em determinados procedimentos especiais, foi prevista de forma genérica através da modificação feita no art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94.

15 ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. **Revista de Processo**, São Paulo; v. 25; n. 94; abr/jun 1999. Apenas a título de exemplificação, veja-se os comentários de Nelson Nery Jr. Sobre a concessão de tutela antecipada na própria sentença (**Teoria Geral dos Recursos: Princípios Fundamentais dos Recursos**, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 476.

16 Apenas a título de exemplificação,veja-se o nosso **Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei nº 9.099, de 26/9/1995**, 5º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 163.

17 Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são defensores da regra que exclui o juiz de primeira instância do procedimento de concessão de efeito suspensivo à apelação. De acordo com estes autores, o

que tal prerrogativa é exclusiva do relator, que deverá ser provocado por petição dirigida ao tribunal, "durante o processamento do recurso em primeiro grau".

Em segundo lugar, a lei estabeleceu que a concessão do efeito suspensivo dependerá da demonstração da "probabilidade de provimento do recurso". Cuida-se de modificação dissociada da realidade científica do tema. De fato, nos últimos anos, ficou cristalizado, tanto na doutrina como já jurisprudência, que a natureza jurídica do provimento que defere efeito suspensivo a um determinado instrumento é de medida cautelar. Logo, os requisitos para sua concessão são os mesmos previstos para as cautelas em geral: ***fumus boni iuris*** e ***periculum in mora*** (art. 798 do CPC).[18] Substituir estes dois requisitos pela probabilidade de provimento do recurso parece ser uma opção equivocada. Consoante, a fumaça do bom direito não se confunde com a probabilidade de acolhimento do recurso, elemento mais próximo da tutela antecipada recursal, instituto de natureza diversa.[19] Ademais, a suspensão da decisão tem como principal fator de legitimação o risco de dano (***periculum in mora***).

2.3. Legitimidade recursal

NCPC	CPC ATUAL
Art. 909. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da lei. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que seja titular.	Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1o Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2o O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

O art. 909 do NCPC somente repete o art. 499 do CPC, reorganizando-o. O ideal seria que a Comissão suprimisse os qualificativos dos legitimados. Assim, ao invés de falar em parte vencida e terceiro prejudicado, o dispositivo deveria mencionar apenas a

juiz já deu na sentença, seu posicionamento (**O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179).

18 ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 254.

19 Apesar de reconhecerem que o requisito elegido pelo Anteprojeto refere-se à tutela antecipatória, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero parecem apoiar a opção (**O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179).

parte e o terceiro, já que ser vencido ou prejudiciado não se insere no plano da legitimidade, mas do interesse recursal.[20]

2.4. Recurso adesivo

NCPC	CPC ATUAL
Art. 910. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro. Parágrafo único. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal, aplicando-se-lhe as mesmas regras do recurso independente quanto aos requisitos de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado o seguinte: I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder; II – será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial; III – não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.	Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes: I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder; II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial; III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto. Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

O art. 910 do NCPC praticamente repete o conteúdo do art. 500 do CPC, que trata do recurso adesivo, com as devidas adaptações do novo sistema recursal.[21] Poderia ter a comissão dado novo nome ao instituto, alinhado com as suas características e com o direito comparado. Praticamente todos os juristas criticam a nomenclatura "recurso adesivo", [22] posto que o recorrente não adere[23] ao recurso de seu oponente, mas lhe opõe

20 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3, 8ª ed., Salvador: Podium, 2010, p. 48.

21 Por exemplo, o dispositivo não menciona mais os embargos infringentes que, na nova sistemática, foi excluído.

22 A inadequação do nome "recurso adesivo" já era sublinhada por José Carlos Barbosa Moreira desde a edição do atual CPC (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 313).

recurso próprio. Poderia ter falado em recurso subordinado[24] ou contraposto,[25] por exemplo.

2.5. Desistência do recurso

NCPC	CPC ATUAL
Art. 911. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. **No julgamento de recursos repetitivos, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal**.	Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

O ***caput*** do art. 911 do NCPC se limita a repetir o texto do art. 501 do CPC, que cuida da desistência recursal. A diferença é que foi acrescido um parágrafo único tratando especificamente da desistência no julgamento de recursos repetitivos (art. 953/959 do NCPC). O dispositivo repercute a discussão travada no STJ sobre o tema. Pouco antes do início dos trabalhos da Comissão, a Corte Especial do STJ entendeu, por maioria, que, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos, o recurso especial paradigma não comportaria pedido de desistência.[26]

A solução adotada pela Comissão para enfrentar o problema foi estabelecer que a desistência do recurso paradigma não impede o julgamento da questão objeto do recurso representativo da controvérsia no STJ ou STF. Em outras palavras, o dispositivo não proíbe a desistência, o que seria de todo equivocado, já que a desistência não depende de homologação para produzir efeitos,[27] mas afirma que o encerramento do recurso não obsta que a questão seja apreciada. Trata-se de reconhecimento do interesse público no julgamento da questão paradigmática, ensejadora da multiplicação dos recursos excepcionais.

23 No Direito Civil, aderir está relacionado a uma conduta de convergência ou cooperação. Assim, por exemplo, nos chamados contratos de adesão (mencionados no art. 423 e 424 do CC).
24 Assim é identificado o recurso adesivo no Direito Português (art. 682 do CPC).
25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 309.
26 STJ – Corte Especial – QO RESP 1.063.343/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17/12/2008.
27 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 332.

Com todas as vênias, mas o caminho proposto não parecer ser o melhor. Com efeito, seria bem mais simples se o texto dissesse que o STJ ou o STF poderiam suspender o procedimento e escolher outro recurso paradigma. Não obstante, com a redação do parágrafo único do art. 911 do NCPC, ficam algumas dúvidas sobre o julgamento feito pelo Tribunal sem o recurso paradigma, quando deste desiste o seu recorrente. Seria este um julgamento administrativo? De onde surgiria a legitimidade para tal julgamento, já que a competência é recursal? O recorrente desistente (ou o recorrido) poderia interpor algum tipo de recurso da decisão proferida?

2.6. Renúncia do recurso

NCPC	CPC ATUAL
Art. 912. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.	Art. 502. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

O art. 912 do NCPC repete, ***ipse literis***, o art. 502 do CPC. A única anotação que se faz necessária é que, por questão de lógica, deveria o art. 921 do NCPC vir antes do art. 911 do NCPC. Isto porque, a renúncia (quando se deixa de recorrer) deveria ser tratada antes da desistência (quando se desiste de um recurso já interposto) e não o contrário. É um equívoco que veio do CPC de 1973 e vai se mantendo por tradição jurídica.

2.7. Classificação da renúncia (tácita e expressa)

NCPC	CPC ATUAL
Art. 913. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.	Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

O art. 913 do NCPC reproduz o art. 503 do CPC, excluindo duas vírgulas que ladeiam a oração “que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão”.

2.8. Irrecorribilidade dos despachos

NCPC	CPC ATUAL
Art. 914. Dos despachos não cabe recurso.	Art. 504. Dos despachos não cabe recurso.

O art. 914 do NCPC repete o art. 504 do CPC, que determina a irrecorribilidade dos despachos. A Comissão bem que poderia ter enfrentado a tormentosa questão sobre a recorribilidade dos chamados despachos postergatórios e dos despachos que causam dano às partes.

2.9. Amplitude objetiva do recurso

NCPC	CPC ATUAL
Art. 915. A sentença ou a **decisão** pode ser impugnada no todo ou em parte.	Art. 505. A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte.

O art. 915 do NCPC reproduz o art. 505 do CPC, acrescentando a palavra "decisão" ao lado de sentença. Como "decisão" parece ser um gênero do qual a "sentença" faz parte, o melhor seria ter excluído a expressão "sentença" para deixar apenas "decisão", termo mais amplo e adequado. Consoante, decisão pode se referir à decisão interlocutória, decisão final (sentença) e acórdão.

2.10. Contagem do prazo recursal

NCPC	CPC ATUAL
Art. 916. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no **art. 180**, contar-se-á da data: I – da leitura da sentença ou da decisão em audiência; II – da intimação das partes, quando a sentença ou a decisão não for proferida em audiência; III – da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será	Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no **art. 184 e seus parágrafos**, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência; II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência; III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será

protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no **art. 930**. OBS.: Prazos no NCPC Art. 174. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão, de forma contínua, somente os úteis. Parágrafo único. Não são intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo.	protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no **§ 2o do art. 525** desta Lei.

O art. 916 do NCPC repete o art. 506 do CPC, fazendo as referências aos artigos correspondentes do NCPC e acrescentando a palavra "decisão" ao lado de sentença. A mesma observação feita em relação ao art. 915 do NCPC aqui é aplicável.

Neste diapasão, um aspecto geral do NCPC merece registro: a contagem de todos os prazos passa a ser feita em dias úteis (art. 174 do NCPC). A Comissão, durante seu trabalho, foi criticada por escolher este mecanismo de contagem, mas ele parece correto e mais consonante com o princípio fundamental da igualdade (art. 5º, II, da CF).

2.11. Suspensão do prazo recursal

NCPC	CPC ATUAL
Art. 917. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado ou ocorrer motivo de força maior que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.	Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.

O art. 917 do NCPC replica, sem inovações, o art. 507 do CPC.

2.12. Extensão subjetiva dos recursos

NCPC	CPC ATUAL
Art. 918. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, **desde que comuns as questões de fato e de**	Art. 509. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, **salvo se distintos ou opostos os seus**

direito. Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.	**interesses**. Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor Ihes forem comuns.

A essência da norma contida no art. 509 do CPC está presente no art. 918 do NCPC, com uma redação mais técnica e precisa no seu ***caput***. O dispositivo vigente afirma que o recurso de um litisconsorte aproveita ao outro, "salvo se distintos ou opostos os seus interesses". O texto reformado diz que o aproveitamento do recurso pelo litisconsórcio ocorrerá "desde que comuns as questões de fato e de direito". O parágrafo único do art. 509 do CPC é reprozudido, ***ipse literis***, no parágrafo único do art. 918 do NCPC.

2.13. Baixa dos autos à instância de origem

NCPC	CPC ATUAL
Art. 919. Transitado em julgado o acórdão, o escrivão, independentemente de despacho, providenciará a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de cinco dias.	Art. 510. Transitado em julgado o acórdão, o escrivão, ou secretário, independentemente de despacho, providenciará a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de 5 (cinco) dias.

O art. 919 do NCPC reproduz o art. 510 do CPC.

2.14. Preparo e deserção

NCPC	CPC ATUAL
Art. 920. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, observado o seguinte: I – são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.	Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1o São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2o A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de

II – a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. Parágrafo único. **Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará, por decisão irrecorrível, a pena de deserção**.	cinco dias. Art. 519. Provando o apelante **justo impedimento**, o juiz **relevará a pena de deserção**, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo. Parágrafo único. A decisão referida neste artigo será **irrecorrível**, cabendo ao tribunal apreciar-lhe a legitimidade.

As regras contidas no art. 511 do CPC é reproduzido, com melhor organização, no caput do art. 920 do NCPC. A grande novidade foi a introdução de um parágrafo único ao art. 920 do NCPC prevendo a possibilidade do relator relevar a pena de deserção, em decisão irrecorrível, diante de um justo impedimento. Tal norma já existe no atual CPC, mas estava inserida num local inadequado, dentro do capítulo referente à apelação (art. 519). A regra hoje já é aplicável, por analogia, para relevar a pena de deserção em outros recursos, como por exemplo, o agravo. Portanto, seu local adequado é a parte geral dos recursos.

2.15. Efeito substitutivo do recurso

NCPC	CPC ATUAL
Art. 921. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão **interlocutória** ou a sentença impugnada no que tiver sido objeto de recurso.	Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

O art. 921 do NCPC repete a disposição contida no art. 512 do CPC, acrescentando a palavra “interlocutória” ao lado de decisão. Mais uma vez, não parece ter andado bem a Comissão. O chamado efeito substitutivo dos recursos ocorre em qualquer instância e não apenas em face de sentenças e decisões interlocutórias. Uma decisão num recurso especial ou num recurso ordinário pode substituir um acórdão de um tribunal inferior, por exemplo. O ideal seria que o Anteprojeto falasse, nessa e em outras situações análogas, apenas em “decisão”.

Da mesma forma, seria importante que o novo art. 921 explicitasse uma regra que é conhecida por todos e poderia ser positivada: o efeito substitutivo somente se

opera quando o recurso é admitido.[28] Melhor seria se o dispositivo mencionasse tal condição.

2.16. Sucumbência em grau recursal

NCPC	CPC ATUAL
Art. 922. Se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso, o acórdão fixará novos honorários de sucumbência em favor do recorrido, observado o art. 73. Parágrafo único. Os honorários de que trata o caput são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive a do art. 66.	SEM CORRESPONDENTE

O art. 922 do NCPC é o único dispositivo verdadeiramente novo na parte geral dos recursos no Anteprojeto. A previsão, inexistente no atual CPC, corrige outra distorção do modelo vigente que deixa de fixar, na instância recursal, honorários de sucumbência em favor do recorrido se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso. Trata-se de medida que já existe no sistema dos Juizados Especiais (art. 55 da Lei nº 9.099/95). O Anteprojeto, inclusive, incorporou o entendimento, fluente nos Juizados Especiais, de que a regra somente se aplica quando a decisão recursal é unânime.[29]

É importante que se diga, como bem ressaltado por Alexandre Freitas Câmara, que é no mínimo injusta a disciplina atual, pois remunera da mesma forma profissionais que têm trabalhos diferentes. Imagine-se, pois, dois processos iguais, onde os réus saíram derrotados; se num processo o réu apela e depois recorre ao STF, este advogado terá muito mais trabalho do que aquele onde o réu não recorreu, mas ambos terão, em tese, a mesma remuneração. A modificação, portanto, é bem-vinda e densifica o princípio da isonomia.[30]

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 395.

29 No Rio de Janeiro, o Aviso nº 23/2008, da Presidência do Tribunal de Justiça, contendo a Consolidação dos Enunciados dos Juizados Especiais, estabelece que "não se aplica o disposto no Art. 55, ***caput***, da Lei nº 9.099/95, na hipótese de provimento parcial do recurso" (enunciado 12.6).

30 Diferentemente de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que entendem que a norma é uma repetição desnecessária das regras previstas no art. 73, §§ 6º e 7º do NCPC, o art. 922 do NCPC se apresenta como importante e pedagógico.

3. **CONCLUSÕES**

A toda evidência, o primeiro ponto que chama a atenção no Anteprojeto é a alocação do título relativo ao recurso na parte final do texto, logo antes das Disposições Finais e Transitórias. Tal medida corrige uma distorção histórica, nascida nos primórdios da ciência jurídica pátria e perpassada, através do tempo, basicamente por tradição jurídica: colocar a parte de recursos no meio do código. Por exemplo, o CPC de 1939 assim o fazia (art. 808 a 868) e o CPC atual também o faz (art. 496 a 546).

Trata-se de providência das mais salutares e recomendável, até, do ponto de vista didático. Em primeiro lugar, a parte recursal está indevidamente inserida no livro do processo de conhecimento no Código Vigente, quando, na verdade, ela se aplica a todos os procedimentos. Logo, foi correta a sua retirada de dentro deste Livro.

Em segundo lugar, como o recurso é um incidente que pode ocorrer em todos os procedimentos. De modo que o ideal, realmente, é a sua colocação ao final dos livros sobre os procedimentos. Reforça esse argumento o fato do recurso representar uma exceção ritual (é possível um procedimento sem qualquer recurso), que pode instaurar novas etapas procedimentais perante o juízo revisor, após o encerramento da etapa procedimental originária. É o que ocorre com a apelação, com o recurso ordinário, como recurso especial etc.

Fica, assim, muito mais lógica a colocação do regramento sobre recursos na parte final do CPC. Isso levará, provavelmente, à alteração na ordem da cadeira de Direito Processual Civil. Atualmente, na maioria dos cursos, o sistema recursal é enfrentado prematuramente pelos alunos logo após o encerramento do estudo do processo de conhecimento.

O segundo ponto que chama a atenção é o fato da comissão ter optado por preservar a maioria dos dispositivos do Código atual. A maioria dos artigos do NCPC reproduz os artigos existentes no Diploma em vigor. Mesmo assim, algumas alterações foram, basicamente, para aprimorar a redação ou reorganizar os temas. Outras modificações foram para adotar posições doutrinárias ou jurisprudenciais sobre determinados temas. Perdeu, assim, a Comissão a chance para corrigir alguns equívocos evidentes e aprimorar questões importantes. Isso fica evidente, por exemplo, com a aprovação da Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010, que transformou o agravo de

instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário em agravo nos autos. O texto do NCPC reproduz o conteúdo, agora alterado, do art. 544 do CPC. Em outras palavras, o NCPC já está defasado, neste tema, em relação ao atual CPC.

Ainda assim, algumas inovações certamente serão capazes de promover mudanças estruturais significativas no sistema recursal em vigor. A retirada do efeito suspensivo da apelação, por exemplo, deverá ter impacto similar no Direito Processual Civil à retirada da autonomia do processo de execução de sentença, como regra, teve no atual sistema executivo, quando da Reforma de 2005. Além dessa, as alterações mais importantes promovidas pelo NCPC foram as relativas ao rol dos recursos (com a saída do agravo retido e dos embargos infringentes e previsão expressa do agravo interno), aos prazos recursais, aos procedimentos de alguns recursos e ao novo regime dos recursos excepcionais.

4. **Referências**

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. II, 16.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3, 8ª ed., Salvador: Podium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos: Princípios Fundamentais dos Recursos**, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Processo Civil: Teoria Geral do Processo**, tomo 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**, 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

ROCHA, Felippe Borring. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Elsevir, 2008.

_____. **Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei nº 9.099, de 26/9/1995**, 5º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARAIVA, José. **O Recurso Especial e o STJ**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e Outros. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. I, 8.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZENI, Fernando César. Deferimento do pedido de tutela antecipatória na sentença. **Revista de Processo**, São Paulo; v. 25; n. 94; abr/jun 1999.

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS EM MÁTÉRIA DE PROCEDIMENTO (art. 24, XI, da CF): PONTO DE PARTIDA PARA A RELEITURA DE ALGUNS PROBLEMAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO EM TEMPO DE NOVO CPC

Fernando da Fonseca Gajardoni

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-MG. Membro do IBDP e do CEBEPEJ. Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Resumo: O presente texto sintetiza as principais diferenças entre o processo e o procedimento, analisando a competência dos entes federados para a disciplina cada qual.

Abstract: The present text summarizes the main differences between the process and the procedure, analyzing the competence of the States to discipline each one.

Palavras-chave: Processo. Procedimento. Competência legislativa.

KeyWords: Process. Procedure. Legislative competence

Sumário. *1. Introdução – 2. Repartição vertical de competência legislativa e regras de compatibilização – 3. Processo e normas processuais – 4. Procedimento e normas procedimentais – 5. A edição de normas procedimentais pela União após 1988 – 6. Normais gerais em matéria de procedimento processual e a inconstitucionalidade das normas desta natureza editadas pela União Federal após 1988 – 7. Normas não gerais em matéria procedimental e a relativa capacidade dos Estados e do Distrito Federal flexibilizarem o procedimento – 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.*

1. **Introdução**

Apesar da manutenção da competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da Constituição Federal, que ainda acresceu ao *caput* do dispositivo

a expressão *exclusivamente* não constante da Constituição Federal de 1967), o art. 24 da Constituição Federal de 1988 – que trata da competência concorrente da União, dos Estados Federados e do Distrito Federal (excluídos os Municípios) – estabelece em seu inciso XI, que compete a todos eles legislar sobre procedimentos em matéria processual, algo que, sem representar retorno à autonomia estadual para legislar sobre processo (existente na CF/1891) – efetivamente foi novidade no âmbito da Carta Constitucional de 1988, *já que a separação entre processo e procedimento sequer foi cogitada nas Cartas Constitucionais anteriores*.

A opção do constituinte de 1988 em permitir aos Estados membros e ao Distrito Federal que legislem sobre procedimento em matéria processual deve-se a fato de que, com as dimensões continentais de nosso país e as diferenças regionais gritantes, o regramento genérico emanado pela União havia de ser compatibilizado às realidades locais pela lei estadual ou distrital, tudo em prol da sua ideal aplicação.[1]

Contudo, por razões que veremos adiante, passado mais de 20 (vinte) anos da vigência da CF/1988 não se tem notícia de Estado que tenha efetivamente legislado sobre procedimento processual[2], de modo que os problemas do processo civil brasileiro – boa parte deles situada no procedimento, e não propriamente no processo – continuam a receber inadequado tratamento uniforme pelo legislador federal.

Pior, em tempo de discussão de um novo CPC, ainda não se tem notícia se a douta Comissão nomeada pelo Senado[3] para levar adiante este ambicioso projeto tem dado atenção a esta ocorrência, isto é, se está respeitando o desejo da CF/88 de ver, no âmbito dos Estados, disciplina própria e particularizada do procedimento em matéria processual.

O presente estudo objetiva esclarecer esta questão e demonstrar que, além da renúncia a uma competência legislativa que lhe é própria, os Estados brasileiros submetem-se a um federalismo torto, fomentado pela constante invasão do legislativo

[1]Cf. CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*, p. 79.

[2]E exatamente por isto recebi com entusiasmo o convite que me foi formulado pelo Deputado Estadual Fernando Capez e pelo Professor Cássio Scapinella Bueno, para integrar a comissão, coordenada pelos primeiros, que elaborou um anteprojeto de *Código de Procedimentos Processuais Cíveis do Estado de São Paulo*, a disciplinar o procedimento processual de acordo com as particularidades do povo e do Judiciário paulista (PL. 1.258, de 2009, publicado no dia 27/11/2009, pg. 15/17, do Diário Oficial - Poder Legislativo do Estado de São Paulo).

[3] A Comissão é composta pelo Min. Luiz Fux (Presdiente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora) e pelos eminentes processualistas Adroaldo Furtado Fabrício; Bruno Dantas; Elpídio Donizete Nunes; Humberto Theodoro Junior; Jansen Fialho de Almeida; José Miguel Garcia Medina; José Roberto dos Santos Bedaque; Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

federal em sua alçada (principalmente nas normais procedimentais), em movimento que se costumou nominar como *1º, 2º e 3ª fase das reformas do Código de Processo Civil*, fazendo votos, ainda, para que na elaboração do novo CPC, o legislador federal se atenha aos limites legislativos que foram impostos pela CF/88.

2. Repartição vertical de competência legislativa e regras de compatibilização

Em matéria de competência concorrente os parágrafos do art. 24 da Constituição Federal estabelecem que a União limitar-se-á ao estabelecimento de normas gerais (§ 1º), prerrogativa esta que não exclui a competência complementar dos Estados e do Distrito Federal no estabelecimento, também, destas normas gerais (§ 2º). Não existindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena (competência supletiva) (§ 3º), cujo produto terá sua vigência suspensa em caso de superveniência de lei federal sobre normas gerais em sentido contrário (§ 4º). E mesmo que haja normas gerais sobre o assunto editadas pelo Poder Central, compete ao Estado e ao Distrito Federal a edição de normas específicas, detalhadas, minuciosas, hábeis a particularizar e adaptar a matéria de sua competência à realidade regional (competência suplementar).

Quanto a edição de normas processuais, portanto, não há dificuldade alguma: só à União é lícito legislar (art. 22, I, da CF).

Mas no que toca ao procedimento em matéria processual, como se trata de repartição vertical desta competência entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XI, da CF), as seguintes são as conclusões: a) a União só pode editar normas gerais em matéria de procedimento, isto é, legislação fundamental, competindo aos Estados e Distrito Federal a edição de normas suplementares, exclusivamente com o propósito de atender às particularidades regionais; b) quedando-se omissa a União na edição destas normas gerais – e não há necessidade de que os outros entes políticos aguardem qualquer prazo para elaboração destas normas, ou interpelem a União para isto – a competência dos Estados federados e Distrito Federal no tocante ao procedimento é plena, isto é, podem editar leis gerais e particulares para valerem em seu território,

sempre condicionadas às peculiaridades locais[4]; e c) todavia, na superveniência de lei federal geral sobre procedimentos em matéria processual, as normas gerais editadas pelos Estados e Distrito Federal – mas não as específicas que atendem às particularidades locais – terão sua vigência suspensa no que contrariar as regras genéricas impostas pela União[5], de modo que se pode dizer estarem elas sujeitas a condição resolutiva (até a vigência de lei federal superveniente).

A grande dificuldade do tema, contudo, não se encontra propriamente na interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam da competência para legislar sobre processo ou procedimento, que pelo visto não demandam maiores divagações.

O tormento do intérprete – e não encontramos quanto a isto trabalhos de fôlego mesmo após quase 20 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 – é na definição, primeiro, de quais normas seriam processuais e quais seriam as normas procedimentais em matéria processual – conseqüentemente definindo a competência privativa da União sobre as primeiras e a concorrente em relação às outras – e depois, já estabelecidas quais são as normas processuais e quais são as procedimentais, saber quais destas últimas são genéricas (de competência da União) e quais são particulares (de competência dos Estados membros e do Distrito Federal).[6]

[4]Edson Ribas Malachini indica, com correção, estar mal alocada a expressão "para atender a suas particularidades locais" no art. 24, § 3º, da CF, pois que cuidando o dispositivo da hipótese em que a União é omissa na elaboração de normas gerais, a competência dos Estados e Distrito Federal é plena, tanto para as normas gerais não editadas quanto para as normas particulares, só estas atendentes das especificidades locais. Melhor alocada estaria a expressão no § 2º do dispositivo, que cuida exatamente da competência suplementar dos Estados e Distrito Federal para atender às particularidades regionais (MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 324, p. 52, out./dez. 1993).

[5]Esta última regra, que já estava no art. 18, parágrafo único, da CF de 1937, tem origem no direito alemão e representa o ideário não verdadeiro de que "direito federal corta direito local" (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n. 1 de 1969)*, p. 177).

[6]Compartilhando de certa forma nossa aflição, Luiz Rodrigues Wambier aduz que, apesar de não haver dúvida sobre a distinção teórica entre processo e procedimento, inúmeras são as dificuldades em "se saber se certa norma tem natureza processual ou procedimental, isto é, que temas de normatização processual são encartáveis exclusivamente na noção de normas não gerais de procedimento, com competência legislativa dos Estados membros. E, por outro lado, quais são de natureza processual, a respeito de que se manteve exclusiva competência da União Federal?" (*Sentença civil*: liquidação e cumprimento, cit., p. 91-92). Esta mesma dificuldade na diferenciação entre normas processuais e procedimentais também é apontada por CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 110.

3. Processo e normas processuais

O processo é entidade complexa, pode ser encarado em acepção ampla ou formal e restrita ou substancial. Na primeira, abrange qualquer combinação de atos tendentes a uma finalidade conclusiva, conceito, portanto, equivalente ao de procedimento[7]. Na segunda acepção, mais técnica, processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a Jurisdição, o autor o direito de ação e o réu o direito de defesa, havendo entre seus sujeitos (partes e juiz), uma relação jurídica diversa da relação jurídica de direito material: a relação jurídica processual.[8]

Com efeito, além da faceta organizacional do processo e dos atos processuais (o procedimento) – mais simples ou mais complexa a depender do caso concreto – no âmbito do processo há também uma relação que une entre si os sujeitos processuais (partes, juiz, advogados, auxiliares da justiça), impondo-lhes deveres, direitos, ônus e sujeições, relação esta autônoma à de direito material e que, como tal, deve ter regras próprias (relação jurídica processual).

Às normas que disciplinam esta segunda faceta do processo (relação jurídica processual), que cuidam dos princípios e das disposições destinadas a possibilitar a administração da Justiça, emprestamos a natureza de *normas puramente processuais* ou normas processuais *stricto sensu*[9]. São elas as que regulam a atuação dos sujeitos processuais: partes (ônus, deveres, obrigações, faculdades, etc), juiz (competência, poderes, etc) e auxiliares (atribuições); a capacidade e modo de exercer o direito de ação (condições da ação, pressupostos processuais, intervenção de terceiros); a maneira de se postular ou se defender em juízo (petição inicial, respostas, provas, recursos e outros

[7]Daí porque hoje não é incomum ouvir referências a processos fora do Poder Judiciário (processo administrativos, processo legislativo, etc).

[8]Autonomia primitivamente e notoriamente revelada por Oskar Von Bülow em 1868 (BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964. *passim*), mas posteriormente desenvolvida com algumas particularidades próprias por Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 77-88, v. I); Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1, p. 339-341) e Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldshimidt e la teoria del rapporto processuale. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 132 e ss.).

[9]Esta é a nomenclatura utilizada por Arruda Alvim para definir as normas "diretamente ligadas ao processo em si, regulando, por excelência, o processo contencioso, as atividades das partes, o reflexo destas atividades nas próprias partes e, eventualmente, sobre terceiros, o órgão jurisdicional e sua atividade, bem como a atividade dos auxiliares da Justiça" (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 135).

meios de impugnação, etc.); ou os efeitos da prestação da jurisdicional (eficácia da sentença e coisa julgada).[10]

São normas puramente processuais – e, portanto, de competência privativa da União (art. 22, I, da CF) – todas aquelas relacionados à gênese da relação jurídica processual, como jurisdição, ação, defesa e contraditório,[11] entre as quais se inclui a definição da capacidade e legitimação das partes, a disciplina da prova, dos efeitos da sentença e da coisa julgada.[12]

Mesmo as *normas puramente processuais*, entretanto, não dispensam regras procedimentais respectivas, condição essencial de funcionalidade daquelas.[13] É um erro comum e muitas vezes cometido a separação absoluta que é feita entre processo e procedimento, conseqüentemente entre normas processuais e normas procedimentais, como se o ato processual pudesse sobreviver sem procedimento que lhe dê forma.[14] Mesmo os institutos previstos nas *normas puramente processuais* demandam disciplina procedimental, algo que só pode ser feito por normas procedimentais.

Há, portanto, como veremos a seguir, dois tipos de normas procedimentais: a) as *puramente procedimentais* (aquelas idealizadas a reger o procedimento processual

[10]Em sentido parcialmente semelhante cf. Sérgio Bermudes, a apontar que os Estados não podem legislar sobre "condições da ação, os pressupostos processuais, a intervenção de terceiros, as provas, os recursos, coisa julgada, elementos, como se sabe, atinentes às pessoas que reclamam a jurisdição, à prestação jurisdicional, à sua eficácia; instituições do processo e não do procedimento" (Procedimentos em matéria processual, p. 164). Também Edson Ribas Malachini, para quem "as regras sobre competência; a exigência de citação e das intimações, atos de comunicação processual que se constituem em requisito fundamental do contraditório; as regras sobre os pressupostos processuais (inclusive sobre as nulidades) e as chamadas condições da ação; sobre os meios de prova, os requisitos da sentença, os recursos interponíveis, a coisa julgada, os pressupostos de admissibilidade da ação rescisória e da ação executiva e sobre certo princípio inerentes ao processo de execução certamente não são normas meramente procedimentais, mas – atendendo-se à dicotomia estabelecida na doutrina e no próprio Código de Processo Civil (especialmente o Título VII do Livro I e seus artigos 270 a 273), e que parece corresponder à natureza das coisas – normas processuais" (MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos, p. 53-54). E Ernane Fidélis dos Santos, a indicar que são normas de processo propriamente ditas as "relativas à jurisdição e competência, à ação e suas condições, à relação processual, sua formação, extinção e suspensão, às partes, aos atos processuais, do juiz e das partes, à matéria de prova e recursos" (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 2).

[11]Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento, p. 92.

[12]Arruda Alvim, embora apontando que estes assuntos não podem ser disciplinados por normas procedimentais não gerais – com o que não concordamos em absoluto, já que para nós temas como ação, defesa, contraditório, capacidade e legitimação das partes, disciplina da prova, efeitos da sentença e da coisa julgada, entre outros, são normas processuais (e não procedimentais) – corretamente aduz serem eles de competência exclusiva da União (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 137-142).

[13]ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 136.

[14]Cf. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978. v. 2, p. 17-18.

estritamente considerado, isto é, a combinação dos atos processuais entre si e sua relação); e b) as *normas acidentalmente procedimentais* (idealizadas a disciplinar o procedimento para a realização dos institutos contemplados nas normas processuais).

4. Procedimento e normas procedimentais

Na linguagem comum se usam, com freqüente promiscuidade, os termos processo e procedimento, designações que efetivamente não se confundem.[15]

De acordo com João Mendes de Almeida Júnior, citado por quase todos aqueles que se dedicam ao estudo do procedimento[16], enquanto o processo é uma direção no movimento, o procedimento é o modo de se mover e a forma em que é movido o ato. O processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é o mesmo movimento em sua forma extrínseca[17], tal como se revela aos nossos sentidos.[18]

O procedimento é, por isto, o processo em sua dinâmica, o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo (seu movimento),[19] pouco importando a marcha que tome para atingir seu objetivo final – que pode ser uma sentença declaratória, constitutiva, desconstitutiva ou condenatória (processo de conhecimento), a apuração do *quantum debeatur* (liquidação de sentença), a satisfação do direito (processo de execução) ou a

[15]Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil:* processo cautelar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, p. 15-16. Apesar disto, Calamandrei aponta a semelhança e dificuldade em se traçar uma distinção clara entre os dois institutos, já que o significado de processo é muito afim da expressão procedimento (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil.* Tradução de. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943. v. 1, p. 241). Esta semelhança também é indicada por Jedor Pereira Baleeiro, ao se referir ao processo (conteúdo) e ao procedimento (continente) como irmãos siameses (BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e procedimento. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 2, p. 220, dez. 1991).

[16]Embora não se possa deixar de reconhecer que coube aos administrativistas, e não propriamente aos processualistas, o desenvolvimento inicial da disciplina e conceito do procedimento, cujo modelo não é exclusivo da Justiça, mas de qualquer setor do ordenamento jurídico, como a Administração Pública, o Poder Legislativo, etc. (cf. NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 730, p. 680, ago. 1996). Isto ocorreu porque os processualistas, influenciados pela teoria da relação jurídica de Bulow, acabaram por rejeitar a idéia de procedimento, só retomada na metade final do século passado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 126).

[17]Niceto Alcalá-Zamora e Castillo aponta que o procedimento mostra o movimento dos atos da ação em juízo na sua forma extrínseca, enquanto o processo é, essencialmente, de índole finalística ou teleológica (ALCALÁ-ZAMORA e CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2 . ed. México: Unam, 1970. p. 115-116).

[18]ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito judiciário brasileiro*. Atualizada por João Mendes Neto. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 243-244.

[19]PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 9.

obtenção de uma garantia (processo cautelar)[20] – ou se a marcha alcançará o seu objetivo final (sentenças terminativas).

O processo é formado por um conjunto de atos processuais que se iniciam com a apresentação e aceitação da demanda, e terminam das diversas maneiras que a lei admite. O procedimento é o modo como se desenvolve o processo, seus trâmites, a maneira de sê-lo[21], que pode ser ordinário, sumário, sumaríssimo ou especial; breve ou dilatado; escrito ou oral; com uma ou várias instâncias; com período de prova ou sem ela; e assim sucessivamente.[22] Por isto, já se afirmou, com razão, que o procedimento é a medida do processo, ou melhor, o método de trabalho ou a pauta do processo.[23]

Conforme já explicitamos, processo é mais que procedimento, já que este é apenas uma das facetas daquele. Procedimento seria o rito do processo, isto é, a seqüência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, assim como a relação que entre estes atos se estabelece na série, variáveis segundo as exigências do direito material, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionaram o legislador. Já processo seria o conjunto dos atos entre si encadeados e tendentes a uma finalidade comum, a sentença; ou, em outros termos, *seria o procedimento acrescido da relação jurídica que se estabelece entre o juiz e as partes, com eclosão de deveres, direito, pretensões, ônus e sujeições*.[24]

[20]SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 27. Cf., também, Sérgio Bermudes, para quem o processo é uma unidade, formada pelos atos, por intermédio dos quais se exerce a função jurisdicional, enquanto o procedimento é a ordem ou sucessão consoante a qual se desenvolvem e se sucedem estes atos (Procedimento em matéria processual, p. 162-163).

[21]Paulo Heerdt aduz que "se o processo é um conjunto de atos que visam a um efeito jurídico final, procedimento será o modo ou a forma como se desenvolvem estes atos, ou seja, o conjunto de normas que estabelecem a conduta a ser observada no desenvolvimento da atividade processual" (HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 48, p. 81, mar. 1991).

[22]PALLARES, Eduardo. *Diccionário de derecho procesal civil*. 11. ed. México: Porrua, 1978. p. 635.

[23]Cf. FENECH, Miguel. *El proceso penal*. 3. ed. Madrid: Agesa, 1978. p. 185; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 131.

[24]Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 8, p. 2; e MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos, p. 50. De acordo com Antonio Scarance Fernandes, o procedimento é visto como elemento essencial do processo, "seja quando se afirma que o processo é o procedimento realizado em contraditório, seja quando se entende que é entidade complexa formada por um conjunto de atos e situações, seja quando é definido como procedimento animado pela relação jurídica processual" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do processo e do procedimento penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 13).

Não existe processo sem procedimento.[25] Sem o procedimento se torna impossível definir o que seja processo, uma vez que ele é a estrutura a relação jurídica processual[26]. O procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para obtenção da tutela, prevê os atos, suas formas, as posições subjetivas (ativas e passivas) e a dimensão temporal do processo (os prazos). Assim, sem o procedimento, a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme, sem ossatura.[27]

O procedimento, todavia, embora não possa ser destacado do processo a ponto de ser estudado como uma ciência autônoma[28], também não pode ser tomado como simples ordenação de atos, sem maiores condicionamentos. Faz-se necessário que o procedimento seja realizado em contraditório e cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, e colaborar na formação do convencimento do juiz.[29]

---

[25]Mas há procedimento sem processo? José Frederico Marques responde positivamente a esta indagação, indicando os feitos de jurisdição voluntária como exemplo (MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 207). Também neste sentido, trilha Fazzalari, ao indicar que quando o procedimento contempla atos normais de desenvolvimento do processo sem que haja contraditório ele é mero procedimento, que para ser processo não prescinde daquele elemento (FAZZALARI, Elio. *La giurisdizione volontaria*: profilo sistemático. Padova: Cedam, 1953. p. 71-73). Mas Hélio Tornaghi, bem acompanhado por Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 127) e Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de direito processual civil*, v. 3, p. 371), nega terminantemente tal possibilidade. Utilizando-se de metáfora que originariamente é de Carnelutti (*Instituições do processo civil*, v. 1, p. 472) afirma que se o processo fosse uma escada, o procedimento seria os seus degraus (algumas escadas com eles mais curtos, outras com eles mais espaçados). Separado da escada o degrau, perde a escada por completo o seu caráter específico. Por isso o procedimento destacado do processo pode ser qualquer outra coisa, menos procedimento (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 17-18).

[26]Neste sentido Rogério Lauria Tucci, correto ao aduzir que o processo sempre se formaliza em ao menos um procedimento, a que corresponde a sua esquematização formal, razão pela qual pode ser ele conceituado como "um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal que o dirige – seus auxiliares, e demais pessoas dele integrantes e participantes, a propósito da definição de uma relação jurídica material tornada litigiosa (processo extrapenal, marcadamente o civil), ou do solucionamento de um conflito de interesses de alta relevância social (processo penal); e, outrossim, quando necessário, de sua realização prática (execução), bem como de sua assecuração (cautela)" (TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 487, mar. 1998).

[27]WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 122.

[28]Esta foi a proposta apresentada por José Ovalle Favela, ao aduzir, ainda que em nomenclatura há bom tempo considerada obsoleta para designar a disciplina do processo, que "as normas que regulam o processo jurisdicional e os órgãos encarregados de levá-lo a cabo (normas que constituem o direito processual em seu sentido objetivo) formam só uma parte do que se chama direito instrumental. Este inclui, ademais do direito processual, as regras que disciplinam os procedimentos legislativos e administrativos. Para distinguir estes últimos podemos agrupá-los sob a expressão 'direito procedimental', tal como propõe Fix-zamudio. As normas de Direito instrumental ou formal podem ser classificadas: 1) Direito processual; 2) Direito procedimental" (OVALLE FAVELA, José. *Teoria general del proceso*. México: Harla, 1991. p. 40).

[29]Cf. PICARDI, Nicola. *La sucessione processuale*. Milano: Giufré, 1964. p. 23 e 58-65; e FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 78-85; Proceso (teoria generale).

A sedimentação dessas idéias, por isto, obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que "o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando imprescindível ao conceito a regulação das atividades das partes e do órgão judicial, conexa ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade".[30]

Assim, só haverá devido processo legal se o procedimento for regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num prazo razoável.[31]

Em síntese, tem-se que enquanto o processo é um instrumento de atuação da Jurisdição, para o exercício do direito de ação e de defesa, composto, como regra, de inúmeros atos processuais que o levam do pedido inicial ao final provimento, o procedimento é o modo, a maneira como estes diversos atos processuais se combinam em contraditório (sua ordem, forma, prazo e tempo), algo que é determinado pela lei ou por circunstâncias ligadas às pessoas ou à causa[32]. Metaforicamente, o processo seria um veículo (instrumento) de transporte de carga (Jurisdição, Ação e Defesa). O procedimento seria o tipo de veículo utilizado para o transporte desta carga, alguns mais rápidos, outros mais lentos, alguns que vão pelo ar, outros pelo mar, outros pelo chão, todos, entretanto, com o mesmo propósito: levar o veículo (processo) até o seu destino final (provimento jurisdicional).[33]

In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. v. 13, p. 1.067, n. 6. Não acreditamos, entretanto, como fazem os citados autores, que possa ser destacada a noção de relação jurídica processual do conceito de processo (que para eles já integra o procedimento), até porque o contraditório apontado como integrante do conceito pelos mestres italianos (processo é procedimento em contraditório) é um dos condicionamentos constitucionais da relação jurídica processual. Exatamente como nós, cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 122; e CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 290-293.

[30]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 112. Para Dinamarco esta nova ótica sobre o procedimento fez, efetivamente, com que seu estudo fosse reabilitado pela doutrina moderna (*A instrumentalidade do processo*, p. 126).

[31]TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 1993. Tese (Titular de direito processual penal) - Faculdade de Direito da Universidade, São Paulo, São Paulo, 1993. p. 68-69.

[32]Correto, por isto, Amaral dos Santos, ao apontar que "que o processo não se move do mesmo modo e com as mesmas formas em todos os casos; e ainda no curso do mesmo processo pode, nas suas diversas fases, mudar o modo de mover ou a forma em que é movido o ato" (SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 11-13). E também Sérgio Shimura, para quem o procedimento, como aspecto externo do processo, varia conforme também varie o pedido formulado pelo autor, a defesa ofertada pelo réu, o tipo de prova utilizado, a espécie de decisão proferida, etc (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 17).

[33]Esta metáfora, um pouco menos elaborada, foi originariamente atribuída por Paulo Heerdt à Ovídio A. Baptista da Silva (HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento, p. 81).

São normas procedimentais, por isto, todas aquelas que prevêem não o ato processual em si considerado, mas a forma como se combinam os atos processuais como um todo, ***lógica e cronologicamente***[34]; as normas que regulam o modo de desenvolvimento da relação jurídica processual, a sua dinâmica e movimento (*normas puramente procedimentais*) [35]. Neste grupo estão as normas que ordenam a prática dos atos processuais nos feitos de rito comum (ordinário e sumário) e especiais; as que disciplinam a seqüência dos atos a serem praticados pelo juiz na audiência preliminar (art. 331 do CPC); a ordem de produção de provas em audiência (art. 452 do CPC); a ordem dos processos nos tribunais (artigos 547 a 556 do CPC).

Mas além destas, também serão normas procedimentais as que dão forma aos institutos regulados nas normas processuais, que como tal não podem ficar sem alma, sem procedimento para sua realização prática (*normas acidentalmente procedimentais*). Assim, são normas desta natureza as que disciplinam a forma de se apresentar a petição inicial em juízo (artigos 282 e 283 do CPC), a contestação (artigos 300 e 301 do CPC), as exceções e a reconvenção (art. 299), o recurso de apelação (art. 514 do CPC) ou de agravo de instrumento (art. 524 e 525 do CPC); as regras que disciplinam os prazos; as que regulam a maneira de serem realizadas as citações e intimações[36]; entre tantas

[34]Coube a Nicola Picardi o mérito de trazer à discussão em tema de procedimento, ao lado do seu aspecto organizacional, o seu aspecto temporal, sem o que, de fato, o procedimento fica reduzido a mero esquema formal, sem ritmo (PICARDI, Nicola. *La sucessione processuale*, p. 77).

[35]Liebman anota que os atos processuais não se apresentam isolados, "pois cada ato se encontra ligado e coordenado a um grupo mais ou menos numeroso de outros atos processuais que se sucedem no tempo e formam uma série contínua, como os elos de uma corrente; o grupo forma uma unidade que recebe o nome de procedimento e os atos são elementos constitutivos dessa unidade". Aduz ainda, em lição que merece ser integralmente reproduzida, que a coordenação dos atos no procedimento manifesta-se no seu escopo, nos seus efeitos e na sua validade. Todos os atos têm o mesmo escopo (entendido em sentido formal), pois que se "destinam a provocar e preparar o ato final que complementará e encerrará o procedimento", sem prejuízo do escopo imediato e próprio de cada ato que o qualifica em sua individualidade. Afinal, o esquema do procedimento é manifestado em dois atos: um inicial (pedido) e outro final (sentença)". Todos os atos intermediários não têm outro escopo senão o de "preparar essa resposta e o procedimento se encaminha com todo o seu peso na direção desse provimento final". Daí porque é apenas o ato final que encerra o procedimento que tem, como regra, sua eficácia jurídica externa, isto é, não meramente processual (excepcionadas as situações de extinção do feito sem apreciação do mérito). Os efeitos dos outros atos operam apenas internamente ao próprio procedimento, só excepcionalmente tendo algum efeito substancial externo (como o despacho da inicial que interrompe a prescrição, a citação que gera prevenção, etc.). Finalmente, quanto a validade dos atos processuais, cada um deles tem seus próprio requisitos, mas todos devem ser interpretados em conjunto, pois a eficácia do conseqüente pode depender da validade do antecedente. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 228).

[36]Pontes de Miranda, neste sentido, aponta que o procedimento compreende a regulação do ato processual em si considerado, desde a apresentação dos escritos, da oralidade, das citações, até a fixação dos prazos para a prática do ato processual (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 3, p. 675).

outras a cuidar não da combinação dos atos processuais como um todo, mas da forma de sua realização, do procedimento para a prática do ato processual em si considerado. [37]

O procedimento processual, portanto, deve ser analisado, conforme já anotamos, sob dupla ótica: a) modo e prazo de manifestação dos atos processuais das partes, dos magistrados ou da secretaria, algo disciplinado pelas *normas acidentalmente procedimentais*; e b) lugar que cada ato tem no conjunto do procedimento, ou seja, a ordenação formal dos atos, objeto das *normas puramente procedimentais*. [38]

5. A edição de normas procedimentais pela União após 1988

O breve apanhado de normas (puramente e acidentalmente) procedimentais do CPC, realizado no item precedente[39], coloca-nos diante de uma indagação: poderia uma lei nacional[40], editada pelo Estado Federal, regrar tudo sobre procedimento em matéria processual vinculativamente para os Estados membros?

Rememore-se que o atual Código de Processo Civil (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973) foi editado no regime constitucional pretérito (Constituição Federal de

[37]Por isto, Sérgio Bermudes aduz que os Estados só podem legislar sobre matérias a respeito do modo de desenvolvimento da relação jurídica processual, como as referentes "ao modo de postular, como a estrutura da petição inicial e da contestação, a oportunidade das manifestações posteriores, a suscitação de incidentes, tal, por exemplo, a ação declaratória incidental na sua forma e argüição de suspeição ou incompetência relativa; à distribuição; ao modo de citar-se, aos meios de se praticarem atos em outras comarcas; ao lugar dos atos processuais e ao respectivo tempo, inclusive prazos; à maneira de se efetivar o direito de recurso, nas modalidades previstas na norma do processo", e, ainda, "o modo de se colherem as provas, que a lei processual admite" e "a forma e estrutura dos pronunciamentos judiciais e respectiva comunicação aos interessados" (Procedimentos em matéria processual, cit., p. 164). Edson Ribas Malachini, em sentido mais semelhante ao nosso, indica que "os modos, as formas como as citações e as intimações se farão, como certas provas se produzirão; as regras sobre os ritos de certos recursos e, particularmente, sobre os procedimentos propriamente ditos, ou seja, sobre a seqüência dos atos a ser praticados em casos comuns (ordinária, sumária ou executivamente) ou em casos especiais – certamente são normas tipicamente procedimentais", como tal admitida a competência concorrente entre União (para normas gerais), Estados e Distrito Federal (para as normas particulares) (MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos, p. 53-54).

[38]MARTIN DE LA LEONA ESPINOSA, José Maria. *La nulidad de actuaciones en proceso civil*: análisis constitucional de la nulidad en la Ley orgánica del poder judicial. 2. ed. Madrid: Colex, 1996. p. 76.

[39]No sentido de que os Códigos de Processo Civil e Penal atuais cuidam de normas processuais e também procedimentais, cf. ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual, p. 186.

[40]É de Geraldo Ataliba a precisa diferenciação entre leis nacionais e leis federais. As primeiras, a atingir todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), são emanadas pelo Congresso Nacional no papel de casa legislativa do Estado Federal (como o CPC). Ao lado delas, as leis federais, emanadas pelo Congresso Nacional no papel de casa legislativa da União, a regular exclusivamente as relações jurídicas dos órgãos federais (lei de criação de cargos no poder público federal, que discipline procedimento administrativo perante o INSS, etc.) (ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 53-54, p. 62-69, jan./jun. 1980).

1967), onde ***não havia***, como já apontamos, distinção constitucional entre competência para legislar sobre processo e sobre procedimento em matéria processual. Era lícito à União, portanto, editar todas as normas processuais ou procedimentais (já que as últimas estariam incluídas no sentido *lato* das primeiras), restando ao Estado e ao Distrito Federal, exclusivamente, a competência complementar (art. 8º, § 2º, da CF/1967).

O quadro constitucional agora é outro. O art. 24 e §§ da Constituição Federal de 1988 reconhece a competência da União exclusivamente para a edição de *normas gerais em matéria procedimental*, sendo absolutamente inconstitucional as disposições suas que extravasem esta limitação e avancem sobre a competência privativa dos Estados e do Distrito Federal em editarem *normas procedimentais não gerais*. Estariam, portanto, implicitamente incompatibilizadas com a Constituição Federal as disposições do Código de Processo Civil e de outras leis nacionais anteriores à Constituição Federal de 1988 que cuidem puramente ou acidentalmente de *matéria procedimental não geral*? E as leis nacionais sobre *procedimento não geral* posteriores à Constituição Federal de 1988 (as inúmeras reformas do CPC, por exemplo): seriam elas viciadas pela incompetência legislativa?[41]

A resposta para esta indagação passa necessariamente pela delimitação, no campo do procedimento, do que seriam normas gerais, a respeito das quais a competência para edição é mesmo da União Federal.

6. Normas gerais em matéria de procedimento processual e a inconstitucionalidade das normas desta natureza editadas pela União Federal após 1988

[41]Este é o entendimento de Fontes de Alencar, *verbis*: "nas reformas que se tem pretendido fazer no campo do processo civil, cabe a observação de que muito se tem tratado de procedimento, e não de processo. E porque procedimento em matéria processual não é tema da competência privativa da União, ela o faz de maneira inconstitucional" (...) "Devem os Estados atentar nessa sua competência legiferante a respeito de procedimentos em matéria processual, eliminando os percalços da vida forense. E não estou a cogitar de códigos procedimentais. Por enquanto, leis isoladas, regras tópicas, a atenderem a necessidade de cada região, de cada unidade da Federação, podem servir ao povo, que é alvo da atividade jurisdicional. Ou alguém aqui imagina, que na lonjura dos seringais amazonenses há um oficial de justiça carregando um mandado para fazer de viva voz a intimação?" (ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual, p. 186).

Quando discorremos sobre a repartição vertical de competência legislativa (item 2) já havíamos estabelecido, genericamente, a dificuldade em se conceituar normas gerais para fins de aplicação do art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

Apesar da dificuldade encontrada[42], entendemos que normas gerais são regras de caráter e abrangência nacional, de natureza mais genérica e abstrata do que as normas locais; são disposições a determinar parâmetros mínimos, com maior nível de generalidade e abstração, do que as leis editadas fora dos limites da competência concorrente; são disposições já predispostas a serem desenvolvidas e suplementadas pela ação normativa subseqüente dos Estados e Distrito Federal.[43]

De modo inverso, não são gerais as disposições que se ocupem de detalhamentos, que minudenciem condições específicas, que esgotem por completo o assunto, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam (o legislador estadual ou distrital), exaurindo, assim, o assunto de que tratam.

Frente a isto, normas gerais em matéria procedimental são as que determinam os parâmetros mínimos para o trâmite processual – visto como a combinação dos vários atos, fatos ou negócios processuais que conduzem o processo do seu início ao final *(normas puramente procedimentais)* – ou para a prática de determinado ato processual em si considerado (*normas acidentalmente procedimentais).*

Estes parâmetros mínimos – sujeitos (destinatário da norma de procedimento), objeto (qual ato processual ou combinação de atos é regulado pela norma) e forma essencial (mínimo aspecto organizacional) – são os que permitem o exercício do direito processual independentemente de qualquer outra complementação legislativa, algo que é essencial e evita que a omissão do Estado ou do Distrito Federal impeça o exercício dos direitos de cunho processual.

São normas gerais de procedimento, exemplificativamente, as que regulam a seqüência dos atos processuais no rito ordinário, sumário ou sumaríssimo; as normas

[42]A fim de contornar a referida dificuldade conceitual, fracassou a tentativa legislativa, ocorrida no já distante ano de 1989, de ser definido o âmbito de alcance do art. 24, XI, da CF. O projeto de lei de autoria do Deputado Manoel Moreira (PLC 3588/89) estabelecia quais eram os assuntos procedimentais que o Estado poderia legislar (procedimento processual). Apesar de aprovado em ambas as casas legislativas, referido projeto foi vetado pelo então Presidente FHC. Para análise do projeto e das razões de seu veto cf. o nosso *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54-57.

[43]Para ampla análise do desenvolvimento do conceito de norma gerais e não gerais, bem como da crítica ao modelo federalista centralizador adotado pelo Estado brasileiro, cf. o nosso *Flexibilização procedimental*, cit., p. 15 e ss.

que disciplinam os atos que devem ser praticados pelo juiz na audiência preliminar (art. 331 do CPC); e a maneira e a ordem como são argüidas as testemunhas em instrução (art. 452 do CPC) (normas puramente procedimentais). Mesmo sem complemento legal, é plenamente possível a utilização dos ritos padrões, a realização da audiência preliminar ou a colheita da prova oral – independentemente de particularidades locais – com base nestas normas ditas gerais.

Também são normas gerais as que regulam os requisitos mínimos para apresentação da petição inicial em juízo (art. 282 do CPC), ou a forma e o conteúdo mínimo da contestação (artigos 300 e 301 do CPC); que determinam as peças a obrigatoriamente instruir o agravo de instrumento (524 do CPC), ou o conteúdo do recurso de apelação (art. 514 do CPC); as regras que fixam abstratamente os prazos ou as que disciplinam a forma de sua contagem (normas acidentalmente procedimentais). Todas elas não exigem nada mais do que o essencial e logicamente necessário para a prática do ato processual.

Não são normas gerais em matéria de procedimento, entretanto, aquelas que ultrapassam os limites da generalidade, excedendo a disciplina dos sujeitos, objeto ou forma mínima do rito, ou disciplinando por inteiro a maneira de ser praticado o ato processual; que tecendo às minúcias, praticamente impeçam ou desprezem a atividade útil e suplementar do legislador estadual ou distrital (que é o destinatário da regra de competência).

Bom exemplo são as regras sobre tempo (art. 172 do CPC) e lugar (art. 176 do CPC) para a prática do ato processual, que, como tal, não tratam de sujeitos, objeto ou forma mínima. Só ao legislador local compete estabelecer onde serão praticados os atos processuais e em que horário. A União, ao fazê-lo, invade competência que é privativa das entidades parciais, únicas capazes, conforme as particularidades regionais, de estabelecer o melhor local para a prática dos atos processuais e o horário para fazê-lo. Os horários de trabalho das comunidades locais, os meios de transporte, o excesso de serviço ou o acúmulo de processos pendentes, tudo recomenda que o legislador local decida sobre extensão ou redução da jornada de trabalho, prática de atos processuais nos sábados, domingos e feriados, fora do fórum, etc [44].

[44]Parece-me ser este o entendimento de Arruda Alvim, para quem "se se entende que o procedimento é a forma assumida pelo processo, o encadeamento dos atos, fatos e negócios processuais, no que diz respeito à forma, ao tempo e ao lugar, são estas realidades, as que dizem respeito, tipicamente, a atos

Estas normas editadas pela União que fixam tempo e lugar para a prática de ato processual, todavia, não podem ser consideradas inconstitucionais. Sendo editadas antes de 1988, quando a competência em matéria de procedimento em geral também era da Poder Central (não havia distinção entre processo e procedimento no art. 8º, XVII, "b", da Carta Constitucional de 1967), são válidas até que os Estados e o Distrito Federal disciplinem o assunto de maneira diversa (o que farão com competência privativa para tanto). Após, automaticamente, perdem sua vigência diante da edição das normas locais. [45]

Também não são normas gerais – e, portanto, fora da competência da União – as que criam alternativas procedimentais muito específicas, como é o caso do art. 527, II, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 10.358/2002, e recentemente aperfeiçoado pela Lei n. 11.187/2005[46]. De fato, ao permitir que o relator do recurso de agravo de instrumento, entendendo não ser ele cabível (art. 523 do CPC), converta-o em agravo retido, determinando o encaminhamento do instrumento para apensamento em primeiro grau, o legislador federal se ocupou de detalhamento totalmente incompatível com a generalização que se exige das normas procedimentais editas pela União. Trata-se de disposição que, por ser posterior à Constituição Federal de 1988, é de manifesta inconstitucionalidade por vício de competência.

Por conta desta última afirmação, de rigor que reflitamos sobre os efeitos deletérios da edição, pela União, de normas procedimentais não gerais, algo que inspirou o constituinte de 1988, por isto, a atribuir aos Estados e ao Distrito Federal a competência para estas normas não gerais.

A conversão do agravo de instrumento em agravo retido com a conseqüente irrecorribilidade de tal decisão (art. 527, parágrafo único, com redação pela Lei n. 11.187/2005) – e é tomado este exemplo único com a ressalva de que há outras normas

procedimentais, que podem assumir disciplinas em locais diferentes (i.e., podem ter aspectos peculiares), e, como tais, reguláveis pelos Estados (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 140).

[45] Cf. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 136. Aponta, ainda, o professor da PUC-SP, que estas normas não gerais da União, conduzem "a um paradoxo, porquanto todas as possíveis regras ditas não gerais, atualmente, são gerais, pela circunstância de que se constituem num sistema com o atributo da uniformidade, e, pois, com aplicação uniforme em todo território nacional (dado que todas elas foram editadas pela União)".

[46] Para análise do novo regime do agravo, cf. o nosso A nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei n. 11.187/2005 e os prejuízos à justiça de 1º grau. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 159-168. Cf., também, JORGE, Flávio Cheim. A nova disciplina do cabimento do agravo: Lei 11.187, de 19/10/2005, *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 85, maio 2006.

não gerais e inconstitucionais como estas editadas após a Carta Constitucional de 1988 – foi concebida para resolver exclusivamente a realidade de no máximo dois ou três Estados da Federação, especialmente do Estado de São Paulo[47].

Com efeito, os dados estatísticos revelam que o Estado de São Paulo concentra mais de 45% dos feitos em trâmite no Brasil[48]. Como conseqüência disto, tem, também, um dos maiores índices de congestionamento de feitos em 2º grau de todo o país[49].

Isto porque, com o advento da Lei n. 9.137/1995 houve facilitação da recorribilidade das interlocutórias: os agravos de instrumento, que antes eram processados em primeiro grau, passaram a ter processamento e trâmite diretamente em 2º grau, com manifesto abreviamento de tempo. Some-se a isto o aumento dos poderes liminares do juiz com as reformas do Código de Processo Civil (art. 273 e 461, § 3º, do CPC)[50] e a inexistência de custas recursais no agravo até a Lei Estadual n. 11.347/2005. Temos, então, o quadro completo para uma explosão da recorribilidade das interlocutórias.

Pois, com isto, os Tribunais paulistas receberam verdadeira avalanche de agravos de instrumento. E para julgar estes inúmeros agravos contra decisões

[47]Fontes de Alencar traz como exemplos de normas procedimentais inconstitucionalmente editas pela União os artigos 511 (Lei n. 9.756/98) e 526 (Lei n. 9.139/95 e 10.352/2001), ambos do CPC (A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual, cit., p. 186). De fato, determinar o momento de recolhimento e comprovação do preparo é questão específica afeta à legislação estadual ou distrital, que os fixará de acordo com a realidade local (horário de atendimento bancário do Estado, por exemplo). É o legislador local que deve, também, decidir sobre a necessidade e a forma da comunicação da interposição do agravo de instrumento em 1º grau (art. 526 do CPC). Há Estados em que a informatização já possibilita ao juiz e ao agravado consultar *on line* as razões de agravo digitalizadas, algo que torna inútil o desnecessário trânsito de papéis previsto na lei federal.

[48]Com 22% da população brasileira, São Paulo respondeu em 2003 por cerca de 49% do movimento judiciário nacional na Justiça Comum (incluindo a Federal). No entanto, enquanto a população paulista cresce 1,14% ao ano o número de processos aumenta 12,49%. Para cada grupo de 10 habitantes há 03 processos (Fonte*: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal*).

[49]São Paulo, no ano de 2003, alcançou a marca de 60,6% de processos represados na Justiça do Estado de São Paulo. Dos mais de 362 mil casos novos na segunda instância, os desembargadores julgaram apenas 270 mil e os processos pendentes de julgamento chegaram a mais de 320 mil. Nos anos seguintes (2004 e 2005), após uma greve de mais de 90 dias, o número de processo represados em 2º grau atingiu a alarmante marca de 500.000 feitos. Uma ação chegava a demorar até cinco anos para ser distribuída a um relator em São Paulo, enquanto em tribunais como o do Rio de Janeiro e o de Minas Gerais esse prazo variava de um a cinco dias. Mesmo após a emenda constitucional n. 45, que determinou a distribuição imediata de todos os feitos (art. 93, XV, da Constituição Federal), uma apelação pode ficar até seis anos para ser julgada em São Paulo, tendo a nova disposição constitucional, portanto, implicado simples mudança de prateleiras dos recursos, que, de qualquer forma, permanecem aguardando julgamento (Fonte: *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal*).

[50]Sobre este tema cf. a excelente monografia de José Carlos Baptista Puoli, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 193 e ss.

interlocutórias, foram sendo deixadas de lado as apelações (já eram muitíssimas) que, pela sua natureza, resolveriam o cerne o conflito propriamente dito.

A nova norma de procedimento recursal editada pela União tem nítido escopo de reduzir o número de agravos de instrumento (especialmente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), conseqüentemente tentando restabelecer a ordem de preferência de julgamentos, colocando as apelações em primeiro plano. Permitindo ao relator fazer o controle procedimental do agravo, possibilita-se a retenção obrigatória do agravo, algo que, diante da irrecorribilidade da decisão monocrática (art. 527, parágrafo único, do CPC), propicia diminuição de recursos em 2º grau.

Ocorre que as Justiças Estaduais de Minas Gerais, Rio de Janeiro ou Goiás não precisam de tal regra, pois por lá o índice de congestionamento é inexistente, pois se julgam mais recursos do que os entrados no próprio ano (estando, por isto, sendo eliminadas as sobras dos anos anteriores).[51] Qual a razão, então, para que se permita genericamente a conversão do agravo de instrumento em retido nestes Estados, quando eles são plenamente capazes de julgar os agravos de instrumento sem prejuízo das apelações? Não é benéfico ao processo como um todo que as interlocutórias sejam retificadas ou ratificadas antes da sentença, que por força do provimento do agravo pode se tornar prejudicada?

Já não é possível, pois, "que se tente preservar, no que toca aos procedimentos em matéria processual, aquela funesta simetria entre Estados e Distrito Federal, entes díspares sob vários aspectos. De outro ângulo, fruto verdadeiramente dessa desigualdade, diferenciados volumes de casos reclamando soluções surgem naquelas unidades da Federação, destacando-se a situação de São Paulo, que apenas na Justiça Estadual expõe cifra extravagante" de feitos. Por isso, "não é sequer imaginável que a lei, extraviando-se, procure impor ao Distrito Federal e aos Estados, errada e desnecessariamente, uniformidade de procedimentos em matéria processual".[52]

[51]Os Tribunais Estaduais de Minas Gerais, do Rio e de Goiás aparecem com índices de produtividade superiores a 100% (contra os 60,6% de São Paulo). O campeão de 2003 – o TJ mineiro – conseguiu julgar 21,9 mil recursos, enquanto deram entrada naquela corte 19,8 mil, atingindo a marca de 111% de apelações julgadas. Logo atrás, aparece o TJ do Rio, que apresentou um índice de aproveitamento de 110% (82,2 mil processos entrados e 91,2 mil julgados). Em seguida vem o TJ de Goiás, que atingiu a marca de 101,89% de recursos julgados (Fonte: *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal*). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro informa que um recurso tem média de duração de 05 (cinco) meses, enquanto em São Paulo esta média supera os 04 (quatro) anos (Fontes: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça de São Paulo*).

[52]ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. Procedimentos em matéria processual, p. 95.

Esta foi a razão pela qual o constituinte permitiu aos Estados legislar sobre procedimento local, flexibilizando-o conforme a realidade judiciária local.[53] A despeito da já mencionada centralização dos poderes, as entidades parciais foram agraciadas com pequena parcela de competência legislativa, que bem desenvolvidas "poderão solucionar problemas regionais, tudo a depender, como óbvio, da capacidade e criatividade do legislador local".[54]

Por isto, quando a União edita norma procedimental específica como o art. 527, II, do CPC (Lei n. 11.187/2005), o faz em detrimento de parcela dos jurisdicionados, cuja condição local do Judiciário permite o julgamento imediato do agravo de instrumento, sem a possibilidade da facultativa retenção.[55]

7. Normas não gerais em matéria procedimental e a relativa capacidade dos Estados e do Distrito Federal flexibilizarem o procedimento

Diante de todo o exposto, de se convir que o engenho do legislador estadual ou distrital pode contribuir decisivamente para a quebra da rigidez clássica do procedimento desenhado pelo Poder Central, flexibilizando-o em favor da pronta tutela dos direitos[56].

[53]Esta foi a mensagem do texto constitucional captada por José Renato Nalini, quando aponta que o reconhecer da competência legislativa dos Estados em matéria procedimental "propiciará iniciativas estaduais de desincumbência da atribuição até agora não exercida", com reflexos na otimização do serviço público judicial decorrente da simplificação procedimental". E que a continuidade dos estudos delineadores da distinção entre processo e procedimento se mostra imprescindível, pois "com ela poderá o Estado-Membro implementar a vontade do constituinte e tornar a prestação jurisdicional mais célere, disciplinando o procedimento de acordo com as condições de desenvolvimento de cada unidade federada" (NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, p. 673-674).

[54]BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*, p. 60.

[55]E vale a nota de que o avanço da União sobre matéria de competência legislativa dos Estados não é sentido, apenas, no âmbito da competência concorrente sobre procedimento em matéria processual. A União avança também sobre competência alheia quando desrespeita a regra que assegura o autogoverno da Magistratura (art. 96, I, "a", da CF). Por exemplo, a recente Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) estabelece em seu art. 33, que enquanto não criadas ou instalados Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar, a competência para as questões cíveis e criminais advindas da Lei será das Varas Criminais. Ao fazê-lo, o Legislativo federal disciplina questão de organização Judiciária, de competência exclusiva do Judiciário dos Estados Federados (art. 125, § 1º, da CF). No mesmo sentido cf. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 116-117.

[56]Bom exemplo de que o uso da criatividade pelos Estados pode catalisar a prestação jurisdicional está na Lei Estadual do Estado de Minas Gerais n. 13.454/2000, que apesar de declarada inconstitucional em alguns tópicos (não nos que se seguem), autorizou a utilização do juiz de paz para arrecadar bens de ausentes ou vagos (até que intervenha a autoridade competente), funcionar como perito em processos e exercer outras atividades judiciárias não defesas em lei, de comum acordo com o Juiz de Direito da comarca. Cf. neste sentido: STF, ADI 2938-MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.06.2005.

O Estado ou o Distrito Federal, de acordo com sua conveniência, tem competência para, observadas as normas gerais mínimas editadas pela União, disciplinar, de maneira até diversa da constante da lei federal, o procedimento em matéria processual, *desde que o faça para suplementá-la e para atender às particularidades regionais*.[57]

É possível, por isto, que haja lei estadual para disciplinar, exemplificativamente:

a) O local ou o horário para a prática dos atos processuais conforme as necessidades do povo local (inclusive no período noturno);

b) Serviços de protocolo e recepção de petições dirigidas ao primeiro e segundo graus (inclusive quanto a possibilidade de sua extensão em período noturno, fim de semanas, feriados, além da disciplina do recebimento de documentos por meio eletrônico);

c) Procedimentos especiais novos, não previstos por lei federal, mas capazes de tutelar de maneira mais adequada situações comum no Estado (como a previsão local de uma ação de imissão na posse com possibilidade de concessão de liminar, de uma nova cautelar típica com particularidades procedimentais próprias, ou de um novo procedimento para os executivos fiscais estaduais)[58];

d) A forma de cumprimento dos mandados pelos oficiais de justiça (via *palm top*, como já ocorre na leitura de contas de água e luz);

e) Novas modalidades de citação e intimação, desde que observadas as garantias constitucionais mínimas do contraditório e da ampla defesa (*v.g*. intimações e citações particulares, por cartório

[57]Convém destacar que tais leis locais de procedimento, exatamente pela sua territorialidade, têm eficácia, inclusive, para as Justiças federal, eleitoral e trabalhista. Com efeito, as normas procedimentais fixadas pelos Estados e pelo Distrito Federal têm amplo alcance, inclusive sobre os feitos da competência das Justiças federais, que também deverão seguir, observada a territorialidade, estas normas não gerais de procedimento. É o que sobressai da Constituição de 1988, que diversamente da Carta Constitucional de 1891, não aponta ser competência da União legislar sobre processo e procedimento da Justiça Federal, deixando às entidades parciais a competência para legislação global em matéria procedimental local (cf. ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual, cit., p. 186).

[58]Neste sentido Ernane Fidélis dos Santos indica a possibilidade dos Estados criarem procedimento de jurisdição voluntária que julgarem necessários para a tutela dos direitos (*Manual de direito processual civil*, v. 3, p. 377).

extrajudicial ou na pessoa do escritório de advocacia representante do demando, esta última especialmente no contencioso de massas);[59]

f) A forma de comunicação dos atos processuais em seu território (cartas precatórias e de ordem, intimação por *email*, fax, etc.);

g) Ampliação de prazos, mesmo os rigidamente fixados no Código de Processo Civil ou leis processuais extravagantes, conforme as particularidades locais (por exemplo, em Estado cuja extensão territorial seja muito vasta, ou em que o transporte seja precário);

h) A definição do período em que os prazos processuais estarão suspensos por força de circunstâncias locais[60], observadas as diretrizes gerais traçadas por norma geral editada pela União[61];

i) A inserção, no bojo de procedimentos genéricos estabelecidos pelo legislador federal, de atos processuais não constantes do *iter* geral, ou discipliná-los, quanto à organização, de maneira distinta (inserindo, por exemplo, audiência de conciliação logo no início do processo, antes da citação do demandado);

j) A ordem dos processos nos tribunais, criando preferências de julgamento locais além dos já estabelecidos pela lei federal, ou inserindo audiências de conciliação compulsoriamente nos processos entrados em 2ª instância;

[59]Este não é, entretanto, o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, para quem "as regras sobre comunicação e intimação dos atos processuais são normas de processo, e não de procedimento" (....) " não se trata de mera regra de procedimento, considerado como simples relação entre os atos processuais, mas de regra de processo, entendido como relação entre os sujeitos processuais" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Coords.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 19-20).

[60]Lei estadual, por isto, pode definir a suspensão dos prazos processuais nas festas de fim de ano, a fim de possibilitar certo descanso aos advogados, observada a impossibilidade de determinar a suspensão das demais atividades do Judiciário, por força da vedação constitucional expressa quanto às férias forenses (Emenda Constitucional n. 45).

[61]No regime constitucional de 1967, quando então não havia a competência dos entes parciais para legislarem sobre procedimento em matéria processual, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em nosso sentir erradamente, que não era lícito ao Estado federado disciplinar questão referente aos feitos que têm curso nas já extintas férias forenses (Recurso Extraordinário n. 87.728-PR, j. 05.03.1980, Rel. Min. Décio Miranda). Sobre este julgado, cf. SANTOS, Altamiro J. Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – competência para legislar. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 64, p. 217-246, out./dez. 1991.

k) Criação, conforme as possibilidades e necessidades locais, de uma nova modalidade de liquidação de sentença (por institutos oficiais de pesquisa, por exemplo);

l) A avaliação dos bens penhorados por oficial de justiça (art. 475-J, §§, e art. 680, ambos do CPC), ou a alienação particular (art. 685-C do CPC);

m) A colheita de depoimento por via telefônica.[62]

n) A inversão do procedimento executivo contra a Fazenda Pública, determinando que os cálculos de liquidação (art. 614, I, do CPC) sejam apresentados pelo órgão público que, além de possuir os dados que possibilitam a conta, tem em seus quadros equipe de contadores capaz de apresentá-las com mais precisão e celeridade.

8. Conclusão

Os países que adotaram o federalismo têm, geralmente, realidades regionais heterogêneas, extensão continental e sociedade complexa, razões que exigem melhorias dos serviços públicos, inclusive do serviço público judiciário, algo que só ocorre com a descentralização.[63]

Não se pode aceitar, como acena equivocadamente, *data venia*, parte da doutrina, que a interpretação descentralizadora em favor dos Estados e do Distrito Federal para legislação em matéria processual e procedimental acarrete violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), visto que jurisdicionados, em diversos locais da federação, teriam "direitos diferentes".[64]

O simples abraçar, pelo Estado brasileiro, do regime federalista, já implica reconhecimento de inúmeras diferenças regionais, hábeis, portanto, a ensejar tratamento não igualitário aos jurisdicionados postados em locais diferentes dentro da imensidão do território brasileiro.

Ao contrário do afirmado, este tratamento diferenciado vem em favor da isonomia, e não contra ela. Possibilita que nos mais diversos rincões do país

[62]Aliás, esta medida já é adotada na Inglaterra, cuja regra 3.1 da CPR autoriza o órgão judicial a colher depoimento por telefone ou qualquer outro método de comunicação, inclusive por sistemas de tele-conferência ou análogos (R. 32.3).
[63]BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*, p. 46.
[64]ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 150.

jurisdicionados recebam tratamento igualitário conforme suas igualdades, e não tratamento igualitário tendo realidades completamente desiguais.

Caso doutrina, jurisprudência (especialmente o Supremo Tribunal Federal[65]) e os próprios entes federados se postassem de conformidade com este ideário – que não precisa de alteração legislativa para ser implantado, pois já decorre da interpretação correta do texto constitucional – certamente muito dos problemas do processo (e do procedimento) poderiam ser solucionados pela via legislativa no âmbito local, evitando este sem número de reformas do Código de Processo Civil[66] que, apesar de bem intencionadas, buscam expressamente solucionar problema de um ou outro Estado da federação, onde as causas da ineficiência do sistema judicial são históricas e sociais. [67]

Destarte, muito embora tenha procurado redefinir a fisionomia do Estado brasileiro, atribuindo maior grau de autonomia aos entes da Federação no tocante ao direito processual como um todo, a Constituição de 1988 não conseguiu alterar o curso histórico de nosso federalismo. Ao arrepio da Lei Maior, a tradição centralista talhou a disciplina do processo civil brasileiro, que continua com seus modelos básicos, genéricos e extremamente rígidos, sem possibilidade de conformação de sua estrutura à realidade da causa ou da região onde tem curso a demanda.

[65]Assim indicamos porque, entre outros exemplos que poderiam ser dados (cf. o nosso *Flexibilização procedimental*, cit., p. 50 e ss.), o STF, recentemente, fez a mais absoluta confusão, *maxima venia*, dos conceitos de normas processuais e procedimentais, ao estabelecer a inconstitucionalidade da lei paulista de n. 11.819/2005, que estabelecia o interrogatório de presos por videoconferência (HC 90.900/SP). A regra previa uma nova forma de ser realizado o interrogatório de presos no Estado de São Paulo, e não um ato processual novo e até então inexistente, vez que havia (e ainda há) circunstâncias específicas em SP que justificam a não retirada dos presos dos estabelecimentos penais no Estado (alto risco de evasão, escolta precária, pouco efetivo, alto custo do deslocamento, PCC, etc.). Neste sentido, aliás, foi o voto da Min. Ellen Gracie, precisa ao apontar que a norma era procedimental, como tal, de competência do Estado membro, e que havia particularidades em SP que justificavam a nova regra de forma.

[66]Luiz Rodrigues Wambier, em artigo não publicado, anota que entre os desafios do processualista após as últimas reformas do Código de Processo Civil está o de "discutir os dados obtidos pelas áreas envolvidas em todas as unidades da Federação, e não apenas em unidades em que o sistema é visível e historicamente problemático" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. A reforma daqui por diante. Artigo não publicado). Parece-me que o professor paranaense está exatamente a indicar que as reformas processuais não podem visualizar só problemas locais, ainda que do Estado economicamente mais importante do país. Exatamente para evitar estas reformas que valem para todos, mas que visam apenas parcela dos jurisdicionais, é que propomos a revitalização das normas procedimentais estaduais ou distritais.

[67]Como bem aponta José Renato Nalini, "na verdade não têm sido as normas de processo as responsáveis pelo aparente aquilosamento da Justiça, mas a inflexibilidade e o anacronismo das normas de procedimento" (NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, cit., p. 679).

Espera-se, agora, a partir da elaboração de um novo anteprojeto de CPC, que o curso do centralismo legislativo em matéria de procedimento processual seja redefinido, fazendo-se com que a canhestra tradição ceda espaço para um novo processo, onde estabelecidas as normas procedimentais gerais pela União, possa o Estado efetivamente ocupar seu espaço na ordem processual.

Ao menos se espera, com este breve ensaio, que estas reflexões passem a povoar a mente de todos aqueles que objetivam ver no processo civil brasileiro um efetivo instrumento para implementação da promessa constitucional de pacificação com justiça, o que só é possível quando os conflitos são tratados de acordo com suas particularidades próprias e conforme a estrutura e organização Judiciária do povo local.

9. Referências bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA e CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2 . ed. México: Unam, 1970.

ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 5, n. 13, p. 184-186, jan./abr. 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito judiciário brasileiro*. Atualizada por João Mendes Neto. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 1 e 2.

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 53-54, p. 62-69, jan./jun. 1980.

BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e procedimento. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 2, p. 220, dez. 1991.

BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 161-167, fev. 1991.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*: poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2006

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual elementar de direito processual.* rev. e atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 126).

_____. Os efeitos dos recursos. In: _____. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 8.

FAZZALARI, Elio. *La giurisdizione volontaria*: profilo sistemático. Padova: Cedam, 1953.

_____. Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 78-85; Proceso (teoria generale). In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. v. 13, p. 1.067, n. 6.

FENECH, Miguel. *El proceso penal*. 3. ed. Madrid: Agesa, 1978.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do processo e do procedimento penal*. São Paulo: Ed. Revista

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilzação procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual: São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito processual civil:* processo cautelar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei n. 11.187/2005 e os prejuízos à justiça de 1º grau. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 159-168.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Coords.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 19-21

HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 48, p. 81, mar. 1991.

JORGE, Flávio Cheim. A nova disciplina do cabimento do agravo: Lei 11.187, de 19/10/2005, *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 85, maio 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldshimidt e la teoria del rapporto processuale. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

MARTIN DE LA LEONA ESPINOSA, José Maria. *La nulidad de actuaciones en proceso civil*: análisis constitucional de la nulidad en la Ley orgánica del poder judicial. 2. ed. Madrid: Colex, 1996.

MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 324, p. 49-54, out./dez. 1993.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 3.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n. 1 de 1969)*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 730, p. 673-688, ago. 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OVALLE FAVELA, José. *Teoria general del proceso*. México: Harla, 1991.

PALLARES, Eduardo. *Diccionário de derecho procesal civil*. 11. ed. México: Porrua, 1978.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.

PICARDI, Nicola. *La sucessione processuale*. Milano: Giufré, 1964. p. 23 e 58-65

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas do direito processual civil*. Atualizada por Aricê Moacyr Amaral dos Santos. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 1993. Tese (Titular de direito processual penal) - Faculdade de Direito da Universidade, São Paulo, São Paulo, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 485-501, mar. 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ATUALIDADES E PERSPECTIVAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CPC

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

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

Trícia Navarro Xavier Cabral

Doutoranda em Direito Processual na UERJ. Mestre em Direito pela UFES. Juíza de Direito no Espírito Santo.

Resumo: O texto trata, num primeiro momento, do instituto do Compromisso de Ajustamento de Conduta, examinando sua definição, natureza jurídica, requisitos, legitimidade, alcance e consequências. Vistas as regras gerais, é estudada sua potencial utilização na atualidade e no Projeto de Lei de Ação Civil Pública rejeitado pelo Congresso Nacional. Por fim, são examinados os possíveis impactos resultantes do exame dos dispositivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The paper intends to present the institute of the "Undertaking of Adjustment of Conduct" as it exists in Brazilian Law. It will be shown its definition, main characteristics and rules and its potential use according to Civil Public Law. Then, the paper examines the Project of Law number 5139/09, that was rejected by Brazilian Parliament, and the possible impacts of the Project of the new Civil Procedure Code.

Palavras-chave: compromisso. ajustamento. conduta. ação civil pública. novo CPC.

Key-words: undertaking of adjustment of conduct. civil public action. new civil procedure code.

Sumário: *1. Conceito e classificação. 2. Características e requisitos de validade. 3. Natureza jurídica. 4. Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação. 5. A redação do artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92 e o posicionamento doutrinário. 6. Reflexões sobre o extinto Projeto da Lei da Ação Civil Pública. 7. Possíveis impactos com o Projeto do novo Código de Processo Civil. 7.1 Diretrizes do novo CPC. 7.2. Poderes do juiz no novo CPC. 7.3. Conciliação e mediação no âmbito dos direitos transindividuais. 7.4. Princípio da adaptação e mutabilidade do ajustamento de conduta. 8. Perspectivas e Expectativas. 9.Referências bibliográficas.*

1. Conceito e classificação

Numa 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 Filho[1]*:"Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse 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.[2]

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.[3]

Por fim, uma terceira corrente sustenta a possibilidade da conversão do compromisso extrajudicial em judicial. Para tanto, seria necessário distribuir o termo de

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.4.
[2] A classificação citada é sustentada por CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Idem*, p.7.
[3] 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.

compromisso extrajudicial a órgão judicial, que então o homologaria, dando-lhe a chancela de compromisso judicial.[4]

2. 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 fazer[5]; e) mesmo que verse apenas acerca de obrigação de fazer, pode ser executado independentemente da prévia ação de conhecimento; f) é imprescritível.

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.[6]

---

[4] 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, p.398-409.

[5] NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, p. 643-644.

[6] 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. FARIAS, Bianca Oliveira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Apontamentos sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. in* MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coordenador). *Temas de Direito do Consumidor*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 43-70.

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 administrativos[7], salvo exceções expressas, como, por exemplo, as contidas no artigo 76-A da Lei 9605/98 e na Lei 8884/94.

Cumpre destacar que tal instrumento deverá ser sempre escrito em vernáculo e motivado.[8]

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[9].

3 - Natureza Jurídica

[7] 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.
[8] 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"*.
[9] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta no Direito Brasileiro e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública, in* Revista Eletrônica de Direito Processual, volume IV, 2009, p. 25-53, disponível em http://www.redp.com.br, acesso em 04/08/10.

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 Mazzilli[10], ao argumento de que, hodiernamente, teria havido uma mitigação da indisponibilidade da ação pública.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso[11] 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 Carneiro[12]. 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 Filho[13].

Manifestando-se no sentido de ser o instrumento ora analisado um negócio jurídico, merecem destaque as opiniões de Francisco Sampaio[14] e de Geisa de Assis Rodrigues, cujas palavras ressaltamos para melhor compreensão do posicionamento

[10] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.
[11] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir,* 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
[12] CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. Artigo suprareferido.
[13] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Op. Cit.*
[14] 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.

aqui explicitado: *"É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais."*[15]

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 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/MG[16], Rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o Princípio da Indisponibilidade dos Bens Públicos, num contexto pós-positivista:

[15] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit*, p.297.
[16] Publicado no DJ 21.06.02. Acórdão disponível na íntegra no site http: //www.stf.jus.br, acesso em 12.12.08.

> *"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 principio 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 ultimação deste interesse".*

4 - Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação

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, três 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.

5 - 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 Junior[17] 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"*.

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 denunciassem os mentores e principais autores do fato.

[17] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2002, p. 362-363.

Fábio Medina Osório[18] afirma que a Lei nº 8.429/92 equipara-se a um Código Geral de conduta dos agentes públicos. No entanto, reconhece que a Lei está em crise, fruto de um fenômeno global, que atinge as instituições fiscalizadoras.

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 Bosco[19], a expressão interesse público *"pode tomar diferentes matizes, conforme a época e as circunstâncias, como ocorre com outros vocábulos utilizados no Direito Administrativo"*.

Prossegue a autora dizendo que o sentido do interesse público veio 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 elo 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 Rodrigues[20], com a habitual clareza, assim leciona:

> *"O ato de improbidade pode ensejar a incidência das seguintes sanções: reparação do dano ao erário, perda da função 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*

[18] OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007, p. 197.
[19] DAL BOSCO, Maria Goretti. Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004, p. 13.
[20] 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.

> *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".*

Roberto Senise Lisboa[21] também admite tutelar o patrimônio público no ajuste de conduta desde que não seja caso das sanções de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho[22] 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 com única exceção a hipótese em que se postula apenas a restituição integral ao erário do acréscimo indevido.

Finalmente, Emerson Garcia e Rogério Pacheco[23], em obra que é referência nacional no tema improbidade administrativa, fazem uma ressalva imprescindível para a correta compreensão do problema.

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 ".*

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".*

[21] LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 203.
[22] PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 214.
[23] GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595-597.

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.

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 tredestinação 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.

6. Reflexões sobre o extinto 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 Coletivos[24], 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*".

[24] Disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em http://www.direitoprocessual.org.br, acesso em 20 de novembro de 2009.

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.

Em fevereiro de 2009, foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.139/09, que consistia numa versão sistematizada[25] 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.*

Este novo Projeto apresentava, em primeiro lugar, uma hipótese de transação, não esclarecendo, contudo, qual sua extensão, e ressalvava, no parágrafo terceiro, que em caso de direito indisponível, as partes poderiam pactuar apenas quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

Esse dispositivo causava certa perplexidade, pois parece contribuir para criar mais uma discussão infindável 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

[25] Disponível em nosso blog, em http://humbertodalla.blogspot.com, acesso em 08 de novembro de 2009.

disponíveis, quanto mais em sede de direitos coletivos[26].

De qualquer forma, a avaliação neutra de terceiro, que também se pretendia inserir no Projeto de Lei sobre mediação[27], 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 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 havia 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

[26] É bem verdade que o Projeto do Código de Processo Civil (PLS nº 166/10) trata da conciliação e da mediação nos artigos 144 a 154, na versão do Substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira, em novembro de 2010. Maiores informações podem ser obtidas em http://humbertodalla.blogspot.com. Ademais, recentemente, o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da matéria e que pode ser obtida em http://www.cnj.jus.br.

[27] Projeto de Lei nº 4.827/98, arquivado na Câmara dos Deputados. Este instituto não foi reproduzido no Projeto do CPC.

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. vinha tratado nos artigos 49 a 52, que não apresentavam 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 assegurava 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.

Após uma tramitação rápida, não obstante a apresentação de diversas emendas, foram feitas modificações no capítulo do TAC..

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 blog[28].

[28] Conferir em http://humbertodalla.blogspot.com, acesso em 09 de dezembro de 2009.

> *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. (...)*
> *§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 ficava claro, também nessa nova redação do Projeto de Lei nº 5.139/09, que a nomenclatura "compromisso de ajustamento de conduta" ficaria reservada para o "acordo" firmado pré-judicialmente, embora ficasse sempre em aberto a possibilidade de sua "judicialização" para que o instrumento pudesse se beneficiar do regime do cumprimento de sentença, na hipótese de seu descumprimento.

Eis os dispositivos referentes ao Compromisso na última versão disponível do Projeto:

> ***CAPÍTULO VIII***
> ***DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA 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.*

Não obstante todo o trabalho desenvolvido pela Comissão constituída pelo Ministério da Justiça, em março de 2010, a comunidade acadêmica foi surpreendida

pela notícia de que o Projeto havia sido rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, num placar que registrou 17 votos contrários e 14 a favor.

Quer nos parecer que alguns dispositivos do Projeto foram mal compreendidos e que houve excesso de zelo por setores do empresariado que se articularam contra a iniciativa legislativa. De qualquer sorte, foi interposto recurso desta decisão da CCJ, até mesmo porque o P.L. 5.139/09 é parte integrante do II Pacto Republicano e sua aprovação é vital para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro das ações coletivas.

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.

Porém, passados quase dez meses, nenhuma notícia foi dada acerca do referido recurso, e a questão parece ter caído no esquecimento com a apresentação do PLS 166/10 (Novo Código de Processo Civil).

No próximo item, trataremos da potencial influência deste Projeto no compromisso de ajustamento de conduta, diante da rejeição do P.L. 5.139/09.

7- Possíveis impactos com o Projeto do novo Código de Processo Civil.

A multiplicação das relações sociais e a diversidade dos conflitos fazem com que o direito tenha de estar sempre atento à sua capacidade de prever a situação fática e esteja apto a solucionar eventual controvérsia estabelecida na sociedade. Esse dinamismo da vida e dos relacionamentos afeta todos os ramos do direito, sendo que com o processo não poderia ser diferente. Em razão disso, as técnicas processuais passam por importantes aprimoramentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, visando alcançar a adequada e justa prestação da tutela jurisdicional.

Trata-se, na verdade, do desdobramento das alterações ideológicas sofridas no nosso Estado Democrático de Direito e seus reflexos no campo do processo. Esse novo modelo de Estado fez com que vários institutos processuais precisassem ser revisitados e reavaliados, para se adaptarem às exigências e às necessidades que hoje estão presentes na disciplina processual.

Dessa forma, é inegável que existe forte influência ideológica no sistema processual. A ideologia que predomina nos ordenamentos constitucionais atuais é a que indica que os direitos fundamentais, além de arrolados, devem ser efetivados.

De plano e com acerto, Zaneti Jr. aponta a necessidade de compatibilização de dois valores fundamentais trazidos pela Constituição Cidadã: a efetividade, diretamente ligada à realização plena dos direitos fundamentais; e a previsibilidade, relacionada com o princípio da segurança jurídica, que é garantia dos cidadãos na defesa dos possíveis arbítrios do poder Estatal. Esses valores, unidos e corretamente observados, agregados ao valor democracia, ensejam o real fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a possibilidade de um debate público onde as partes conhecem as regras utilizadas de antemão.[29]

A efetividade surge da influência dos direitos fundamentais com sua consequente necessidade de realização, devendo ser entendida como o direito a um processo em tempo hábil e como busca da perfeita congruência entre o que foi pedido - o direito afirmado de lesão ou ameaça -, e o que é obtido no processo, tutela específica.[30] Já a segurança jurídica está ligada à "qualidade da lei e previsibilidade" [31], "aferível no caso concreto, que protege do arbítrio estatal, do abuso do processo, quer individual, quer coletivo".[32]

Ressalte-se, ainda, que os valores da efetividade e da segurança jurídica se aplicam por ponderação, jamais se anulando. Não bastasse, a busca pela efetividade tem preponderado sobre o valor da segurança nas últimas reformas processuais. Com efeito, o processo, para ingressar nessa ideologia constitucional, precisa resgatar o seu caráter instrumental de promoção do direito material.

Por fim, a democracia consiste no valor instrumental decorrente do Estado Democrático de Direito "[...] que representa a necessária observância do procedimento em contraditório entre os sujeitos da relação processual, como instância controlável pela sociedade [...]".[33] Sobre o tema, Eduardo Cambi traz a subdivisão de democracia formal (representativa) e democracia substancial (conteúdos mínimos do Estado Democrático

[29] ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição.* In: Revista da Ajuris, ano XXXI, n.º 94, junho-2004, p. 128.
[30] Ibid., p. 128.
[31] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.
[32] ZANETI JR, op. cit., p. 128.
[33] Ibid., p. 127.

de Direito, *v.g*., soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana), para concluir que: "Em síntese, não há democracia, em sentido substancial, sem a efetivação dos direitos fundamentais." [34]

Além dos três itens supracitados, a motivação das decisões atua como uma forma de limite e controle do decisionismo e da arbitrariedade. Assim, tem-se a "[...] motivação como atividade legitimadora da justiça perante a sociedade civil.".[35]

Como se observa, tanto a força normativa da Constituição quanto o seu conteúdo ideológico devem ser aplicados ao direito processual. Isso porque a mudança de valores ideológicos inseridos no texto constitucional refletiu e alterou o panorama de todo ordenamento jurídico (ordem jurídico-constitucional) e, consequentemente, o próprio conceito e finalidade do processo, a fim de atender aos reclames sociais elevados a nível constitucional. Assim sendo, o processo foi afetado pelo fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional.[36]

Há de se considerar, ainda, que o direito processual possui uma carga valorativa própria, cujos contornos devem ser identificados, seja para que o processo cumpra a sua finalidade, seja para que se aqueles possam servir de parâmetro aos impasses processuais.

Importante salientar, outrossim, que o processo moderno deve ser visto como técnica idônea para o objeto da garantia do direito substantivo, mas agora sob a ótica constitucional, que trouxe significativas mudanças internas, para passar a reconhecer o processo como direito fundamental, e também mudanças externas, conferindo ao instituto a responsabilidade de fazer valer os ideais constitucionais, possuindo na cláusula do devido processo legal sua expressão mais completa. [37]

Dessa forma, a influência valorativa que a Constituição exerce sobre o direito processual, faz como que ele represente um poderoso instrumento de solução de

[34] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz & NERY JR., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 666-667.
[35] ZANETI JR, op. cit., p. 128.
[36] CAMBI, op. cit., p. 672.
[37] "Nesses termos, portanto, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como institucionalização jurídica de condições procedimentais que garantam o exercício democrático das autonomias pública e privada dos cidadãos.". (OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 547).

conflitos, cuja consequência imediata é a pacificação social. Nesse passo, o desafio passou a consistir na aplicação de uma mudança ideológica e de mentalidade por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.[38]

Sob essas premissas, o processo teve sua própria estrutura reformulada, fazendo com que ganhasse um papel principal - tal qual o direito substancial -, quando da prestação da tutela jurisdicional.[39] Nessa evolução, o direito processual também passou a ter uma relação muito íntima com o direito material, a fim de que esse sincretismo garantisse a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

O Projeto 166/2010 que reformula o Código de Processo Civil vem sistematizar e exprimir as inúmeras evoluções legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias que ocorreram no nosso ordenamento desde 1973 e que modificaram os paradigmas processuais até então considerados. Sendo assim, a necessidade de um novo diploma se justifica[40], seja pelo tempo decorrido desde a entrada em vigor do Código vigente[41], seja pela necessidade de adequar as técnicas processuais à nova ideologia prevista na Constituição de 1988.

7.1 - Diretrizes do novo CPC

[38] "Uma conseqüência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais, a que se passou dar maior peso na interpretação dos textos processuais." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional*: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-48).

[39] Sobre a interdependência entre o direito material e o direito processual e suas conseqüências: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 189-192.

[40] Em sentido contrário, ver: MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 55-60.

[41] LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 188. p. 163-174, outubro. 2010, p. 172.

Grande parte do desprestígio do Poder Judiciário é atribuída à falta de prontidão e celeridade da justiça brasileira, levando à descrença e à insatisfação dos que dela necessitam, tornando-se, por isso, uma justiça denegada e ultrapassada.

Em vista disso, os desafios da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil destinada a elaborar um novo ordenamento processual, foram justamente resgatar a imagem do Judiciário, a satisfação dos jurisdicionados e, acima de tudo, o aprimoramento das técnicas processuais de acordo com os valores constitucionais, permitindo a entrega de uma prestação jurisdicional compatível com os novos direitos e através de mecanismos cada vez mais eficientes.

Portanto, o objetivo da Comissão foi resolver o problema da morosidade da justiça e legitimar a solução processual que se colocou à disposição para tutelar o direito reclamado, atendendo-se às diversas necessidades sociais.

Ademais, a simplificação e a organização do sistema foram metas seguidas no intento de melhorar o Código de Processo Civil, conferindo um maior rendimento possível a cada processo, dando instrumentos para que o juiz profira decisões mais adequadas à causa e ainda reduzindo algumas complexidades desnecessárias.

Não bastasse, a Comissão tentou a harmonização entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e o da efetividade.

Por fim, o Projeto 166/2010 novo CPC também inova ao trazer logo no seu início, 12 artigos destinados aos princípios e garantias processuais do processo civil, exteriorizando, assim, as premissas basilares que devem pautar o direito processual, todos, obviamente, frutos da ideologia constitucional que refletiu sobre a matéria.

7.2 - Poderes do juiz no novo CPC

O incremento dos poderes do juiz é alvo de calorosos debates jurídicos desde o início do século passado, em que pese sua origem remonte ao direito canônico do século XI, tendo passado por diversas fases, até chegar ao estágio atual.[42] Com a queda do Estado Liberal individualista do século XIX e o início do Estado Social, o panorama jurídico até então existente alterou-se completamente e exigiu do Estado o abandono de

[42] Sobre a evolução dos poderes do juiz, ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38-48.

sua inércia frente às relações jurídicas, para iniciar uma era em que se exercem maiores ingerências estatais como forma de oferecer maior proteção aos cidadãos.

Não obstante, verifica-se que, ao longo do século XX, o ordenamento jurídico pátrio sofreu relevantes mutações valorativas, acompanhando as tendências mundiais. Criaram-se então novas perspectivas jurídicas, principalmente após a remodelação a que o Estado de Direito foi submetido, ao abandonar a antiga concepção liberal, para adotar uma postura mais intervencionista, atendendo-se ao que se denomina de Estado Social. Posteriormente, essa postura foi qualificada pela adoção de elementos e ideais substanciais da democracia – supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e da igualdade –, definindo a idéia atual de Estado Democrático.[43]

Nesse mister, a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, já que possui o importante papel de pacificar os conflitos sociais. Sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo[44], distribuindo justiça a quem efetivamente a merece, e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la.

Historicamente, no campo legislativo, consideráveis avanços dos poderes processuais do juiz foram observados por ocasião do Regulamento 737 que, infelizmente, não foi acompanhado pelos Códigos Estaduais que lhe sobrevieram. Ainda assim, havia quem admitisse a existência desses poderes, quando relacionados à instrução.[45] Já doutrinariamente, o ataque ao imobilismo judicial no Brasil iniciou-se em 1922-1924, com as idéias de Alexandre Gusmão – inspiradas nas legislações alemã, austríaca e húngara −, "para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então".[46]

[43] "A idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores." (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 145).
[44] Sobre o papel ativo no juiz na "aceleração do processo", ver: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.
[45] Era o caso do Código de Processo Civil do Distrito Federal e do Código de Processo Civil e Comercial Paulista (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 46).
[46] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

Todos esses fenômenos que atingiram o ordenamento jurídico e refletiram na postura do juiz[47] e no processo iniciando-se um movimento de publicização[48], em que a liberdade antes concedida aos litigantes dentro do processo cedeu espaço às intensas intervenções estatais, retirando-se do campo de disponibilidade das partes a forma, o ritmo e o impulso do processo, que passaram a ser controlados pelo Estado – na pessoa do juiz −, como guardião do interesse público envolvido.

Além disso, visando aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais. Uma delas refere-se aos poderes conferidos ao juiz na condução do processo, bem como a sua iniciativa no campo probatório. Afasta-se, pois, a neutralidade[49] do magistrado – antes reduzido a mero espectador, que deixava que o fluxo do processo fosse guiado pelos litigantes −, para dar ensejo a um juiz ativo, que dirige o processo de modo que ele sirva ao direito material, alcançando seu propósito de justiça, e não seja objeto de manipulação pela parte jurídica, econômica ou socialmente mais forte.

A questão não é pacífica e, no processo civil, a discussão se torna ainda mais ardente, tendo em vista que a disciplina consagra o princípio dispositivo, que prestigia os atos de disposição das partes praticados dentro do processo. Além disso, o tema é amplamente debatido na doutrina nacional[50] e estrangeira[51], existindo consistentes posicionamentos favoráveis e contrários à tese. Percebe-se, pois, que o poder do juiz é muito bem assimilado quando estão em jogo os modelos acusatório ou inquisitivo, em que há a prevalência do interesse público justificador de uma postura mais atuante do

[47] "A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislativo ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas." (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009, p. 77).

[48] Sobre a influência dos princípios publicistas na iniciativa do juiz, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

[49] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

[50] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 53-56.

[51] Toda discussão é tratada na obra: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Estado, o mesmo não ocorrendo no modelo adversarial em que há grande desconfiança da ingerência judicial.

Porém, o poder de gerenciamento do processo pelo juiz vem sendo admitido e utilizado por vários ordenamentos jurídicos, até mesmo por aqueles que sempre desconfiaram desse tipo de postura ativa do magistrado, como é o sistema norte-americano. Não obstante, Inglaterra, França, Alemanha e Itália vêm gradativamente adotando a figura do juiz gerenciador.

Verifica-se, portanto, que a publicização do processo fez com que o juiz assumisse outro papel na vida dos consumidores do direito. Agora, atua na direção do processo, utilizando-o não só como ferramenta para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplice perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial. Com isso, autoriza-se o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes.

Aos juízes também cabe a importante tarefa de compreender o contexto adequadamente, incorporando essa responsabilidade que lhes foi conferida, a fim de que esses poderes possam ser bem utilizados e não configurem justificativa para o arbítrio. Tudo isso tem como resultado uma prestação jurisdicional mais condizente com a finalidade do processo, para que a prestação da tutela jurisdicional seja, ao mesmo tempo, adequada e célere, deixando de lado o formalismo excessivo que por tanto tempo imperou em nossa Justiça.

No Projeto 166/2010 do novo CPC os poderes do juiz foram ainda mais intensificados, a fim de que atue positivamente do desenvolvimento do processo. O art. 118 e seguintes estabelecem que o juiz dirigirá o processo de modo que a prestação da jurisdição seja a mais adequada e célere possível, desde que cumpridos os deveres processuais e atento à responsabilidade que lhe é inerente. Assim, incentiva-se a utilização de técnicas processuais que sejam mais compatíveis com o caso concreto e mais próximas das necessidades sociais, dando maior rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e eliminando complexidades que em nada contribuem para o alcance da justiça.

Por sua vez, o dever de colaboração do juiz para com as partes através do

diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção também foi tratado pelo Projeto[52], sendo que o princípio do contraditório foi reforçado para que sua obediência pelo magistrado ocorra até mesmo diante de matéria de pública ou de outras questões cognicíveis de ofício.

E quando o assunto é a tutela de direitos transindividuais, essa conduta gerencial do juiz ganha especial relevância para a melhor proteção de interesses públicos primários, seja através de utilização de mecanismos processuais que garantam a efetiva solução do conflito, seja através da judicialização de políticas públicas, sem que isso implique em desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.[53]

7.3- Conciliação e mediação no âmbito dos direitos transindividuais

Ultrapassado o entendimento de que não cabe acordo no âmbito de interesses difusos e coletivos, verifica-se que a conciliação e a mediação constituem importantes instrumentos de pacificação social e suas técnicas devem, sempre que possível, ser aplicadas na solução de problemas envolvendo direitos transindividuais, tanto na esfera judicial como na extrajudicial.

Extrajudicialmente, os colegitimados na defesa dos direitos difusos e coletivos devem propor ao interessado formas eficientes de prevenir danos, ressarcir ou restabelecer os prejuízos causados ou, ainda, compensar as ofensas identificadas, por meio de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com força de título executivo extrajudicial, na forma do art. 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985 e com respaldo no art. 585, inciso II, do CPC e sem atingir a indisponibilidade do direito material envolvido.

Trata-se de eficaz mecanismo de proteção aos direitos transindividuais, sendo muito comum a utilização desse ajustamento de conduta no âmbito do inquérito civil em que o Ministério Público investiga prévia e administrativamente a autoria e a materialidade de fatos que possam demandar uma atuação ministerial. Registre-se a

[52] A questão da nova dimensão do direito do contraditório no Projeto do novo CPC foi abordada em: MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 35-38.
[53] Cf. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

possibilidade de que apenas parte dos problemas seja solucionada, através do chamado "compromisso preliminar", prosseguindo-se nas investigações quanto aos demais fatos apurados no inquérito civil.[54]

Assim, a verificação de ilícitos civis relacionados aos interesses difusos e coletivos pode ensejar o estabelecimento de um ajustamento de conduta capaz de resolver, extrajudicialmente, eventuais impasses junto ao interessado, evitando, com isso, a judicialização do conflito e muitas vezes uma forma mais eficaz de resolver o problema.

No âmbito judicial, é possível que o compromisso se dê de três formas: a primeira é requerendo a homologação da avença, transformando-a em título executivo judicial; a segunda é no curso da ação civil pública, por meio de um acordo acerca do objeto da lide, como forma de eliminar a controvérsia e garantir meios mais adequados e pacíficos de solucionar o problema envolvendo direitos transindividuais; e a terceira é na fase executória de qualquer uma das espécies de título executivo – judicial ou extrajudicial. Ressalte-se que, dentre os poderes do juiz previstos no Projeto 166/2010 do novo CPC, destaca-se a previsão de tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 118, V). Assim, o juiz deve oportunizar sempre que cabível – até em fase recursal - o encontro entre as partes visando um acordo acerca dos problemas apurados, deixando de lado o ultrapassado hábito de não tentar promover ajustes quando em discussão direitos indisponíveis.

O Projeto 166/2010, em boa hora, reconhece o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social. Além disso, trata dos mediadores e dos conciliadores nos artigos 144 a 153, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição.

A conciliação já é bastante difundida em nosso ordenamento e vem representando um papel significativo na solução amigável dos conflitos, ainda que não reduza, necessariamente, o número de processos e o congestionamento do Poder Judiciário. Já a mediação[55] é um instituto ainda pouco conhecido e quase nada aplicado

[54] MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, p. 317-318.

[55] "Pode-se entender por mediação o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na

como meio alternativo de solução de controvérsias. De qualquer forma, a previsão da mediação no Projeto do novo CPC representa um grande avanço para o reconhecimento da referida técnica de autocomposição[56].

Nesse passo, considerando essa tendência de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial, a possibilidade de firmar compromisso de ajustamento de conduta cai como uma luva para fins de superação das controvérsias, devendo o juiz estimular a utilização de meios alternativos de composição justa dos conflitos, através de mecanismos aptos a tal fim. Trata-se, como se vê, de um dever do magistrado combater a cultura da litigiosidade, de incentivar outras formas de solução das pendências e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, atribuindo uma leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

A desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo é uma realidade nos grandes sistemas processuais como forma de resolver os problemas estruturais da justiça mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena por partes dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, neste último caso, os benefícios da mediação na pacificação social, já que esta técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido.

E dentre os meios alternativos à jurisdição, o ajuste de conduta é um importante instrumento por sua aptidão de prevenir e de solucionar controvérsias de praticamente todos os tipos de direitos transindividuais, como o meio ambiente, consumo, patrimônio público e etc. Conforme mencionado, pode ser realizado no âmbito do inquérito civil, antes ou no bojo de Ação Civil Pública, ou mesmo na fase executória de uma condenação. Estipulado extrajudicialmente assumirá a qualidade de título executivo extrajudicial e se submeterá às regras gerais do processo de execução de acordo com a modalidade de obrigação a ser executada. O acordo também poderá ser judicialmente

prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias." (GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-20.

[56] De se referir que o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. O texto está disponível em http://www.cnj.jus.br, acesso em 10 de dezembro de 2010.

homologado em ação própria (como nos moldes do art. 57 da Lei 9099/96) ou e dar no curso da ação civil pública, também com homologação judicial[57], ensejando, então, um título judicial que se sujeitará ao cumprimento de sentença caso o obrigado desrespeite a avença.

Em qualquer hipótese, estando em jogo litígio que envolva ameaça ou lesão a direitos difusos e coletivos, ou mesmo na execução do título extrajudicial ou ainda no caso de título judicial, é recomendável que o juiz estimule a possibilite de conciliação e de mediação, designando audiência, seja para tentar sensibilizar o obrigado a firmar um termo de ajustamento de conduta judicialmente, seja para que cumpra o que já restou acordado, sendo que tal possibilidade se estende até mesmo no âmbito recursal[58]. Por sua vez os legitimados, ao firmarem o ajustamento de conduta, também devem, sempre que possível, se valer das técnicas próprias de mediação e de conciliação para garantir o sucesso do acordo pretendido.

Ademais, em se tratando de acordo firmado judicialmente, caberá ao juiz fiscalizar a regularidade da avença, quanto aos aspectos formal e material, a fim de eliminar possíveis vícios capazes de comprometer o título e seu adimplemento. Assim, o juiz deverá estar atento, por exemplo, à legitimidade para o estabelecimento do ajuste, à admissão da ocorrência do dano ou risco de dano, às consequências para o caso de descumprimento, à indicação da destinação das quantias em dinheiro, às garantias do ajustamento de conduta, a quem deve assinar o termo, a presença do Ministério Público no mínimo como fiscal da lei, à impossibilidade de disposição sobre o direito ou o interesse material objetivado ou de renúncia aos direitos indisponíveis, à impossibilidade de tal ajuste se dar sobre atos de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92) [59].

[57] "Não se justifica denominar compromisso de ajustamento de conduta, como erroneamente muitos têm feito, o acordo judicialmente homologado em sede ação civil pública, pois aquele é título executivo extrajudicial, enquanto este é título judicial. É justamente em razão da natureza extraprocessual do instrumento de tutela coletiva em comento, é que sua eficácia não está sujeita a prévio juízo de valor por parte do órgão jurisdicional." (VIDAL AKAOUI, Fernando Reverendo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 63).

[58] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 430.

[59] Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que o afastamento dessa forma de composição é excepcional e requer previsão expressa, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa, sendo que mesmo quanto aos atos de improbidade a vedação consensual se limitará ao núcleo essencial da demanda (sanções jurídicas e políticas ao responsável), não se aplicando ao aspecto puramente pecuniário da lide, o qual pode, eventualmente, ser composto no âmbito de um Termo de Ajustamento de Conduta para que o erário

Como se observa, o papel do juiz[60] será imprescindível para o alcance da efetividade dos termos de ajustamento de conduta quando houver necessidade de alguma forma judicializar a controvérsia, as obrigações assumidas ou o seu cumprimento.

7.4. Princípio da adaptação e mutabilidade do ajustamento de conduta

Atualmente, o aparato normativo processual apresenta-se como um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, em que se confere pouca margem de disposição da sequência dos atos e das formas processuais. Trata-se do sistema da legalidade das formas em contraposição ao sistema da liberdade das formas[61] procedimentais[62].

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, que segue o modelo da *civil law*, a forma encontra uma expressão diferenciada, na medida em que é responsável por conferir ordem social por meio do regramento das condutas humanas. Além disso, a forma garante a previsibilidade legislativa, estabelecendo hipóteses abstratas e gerais que conduzem as relações sociais, de modo impessoal. Por fim, a importância da forma está em evitar os arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, assegurando a necessária isonomia de tratamento entre todos os envolvidos na relação jurídica processual.

Contudo, após o reconhecimento da autonomia do direito processual frente ao direito substancial, houve um momento de apego excessivo às formas, tornando-as um

venha a ser devidamente ressarcido. In: *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 94-95.

[60] "Presentemente, não há mais espaço para o juiz neutro, asséptico, indiferente aos reclamos e às grandes transformações sociais, esperando-se desse operador do Direito a conscientização de seu papel transformador da realidade injusta e opressiva que grassa a sociedade, assim libertando-se da *persona* de um conformador e mecânico aplicador da norma aos fatos da lide. Até porque, sobretudo nos conflitos de largo espectro, pode dar-se que o ordenamento positivo não preveja, especificamente, uma norma para o caso *sub judice*, como se passa com a cláusula que permite a judicialização de "*outros* interesses difusos e coletivos" – CF, art. 129, III – ensejando o acesso à Justiça de novos valores e novas necessidades emergentes na contemporânea sociedade, massificada e competitiva.". (MANCUSO, 2009, p. 103).

[61] "Apesar da liberdade das formas e do progressivo abandono do formalismo, por todos defendidos, não há ato sem forma, porque é a forma que introduz o ato no processo." (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 257).

[62] Gajardoni assevera que não há sistemas puros, mas apenas tendentes à rigidez (como o nosso). Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 79-80.

fim em si mesmo e deformando os escopos do processo[63]. O processo então passou a ser refém de suas próprias armadilhas e retirou de seu foco a finalidade para a qual foi concebida, que é de servir ao direito material e proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.[64]

Com isso, a segurança jurídica que autorizava e justificava um procedimento mais estático passou a ser questionada para dar ensejo a soluções mais céleres e eficazes.[65] Desse modo, a segurança jurídica sai de uma análise de meio e fim para uma análise apenas finalística.

Nesse passo repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado[66].

---

[63] "A forma, no processo civil, está diretamente ligada à idéia de organização e de previsibilidade do procedimento, bem como de controle contra o arbítrio do Estado e até como fator de equilíbrio entre as partes (aspectos positivos de sua utilização). Não é por outro motivo que se costuma afirmar que o processo é eminentemente formal, no sentido de penhor da legalidade e segurança das partes. Quando, porém, utilizada em excesso, a forma pode levar ao formalismo, transformando-se em um mal, na medida em que pode até impedir a consecução das finalidades do processo." (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil) p. 14).

[64] "Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins." (BEDAQUE, 1995, p. 14).

[65] "A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (*due process of law*), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim [...]." (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf. Acesso em: 01 jan. 2008. p. 10).

[66] "Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com as formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. Não se nega que certo rigor formal "é a espinha dorsal do processo", e que "seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos". O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento." (GAJARDONI, 2008, p. 86).

Registre-se, aqui, o importante papel da jurisprudência[67], que através de inovações corajosas, possibilitou que em muitos casos a justiça fosse efetivamente alcançada e reconhecida. A doutrina, por sua vez, aprimorou cientificamente as evoluções jurisprudenciais, e ainda identificou outros possíveis caminhos para o direito processual[68].

Esse esforço conjunto foi responsável por diversas alterações normativas, que acompanharam a trajetória de um novo modelo de processo. Dentre elas, está a flexibilização do procedimento, inicialmente prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente convertido no Projeto de Lei do Senado – PLS 166/10. Tratou-se de intrigante iniciativa, a qual demandaria muita reflexão e amadurecimento jurídicos, além de grande observação de sua aplicação pela jurisprudência.

Como fontes principais dessa flexibilização, destacavam-se o art. 107, V, bem como o art. 151, § 1º, que versavam sobre a possibilidade de ajuste de atos e procedimentos quando inadequados às peculiaridades da causa. Estes dispositivos, inspirados no art. 265-A do Código de Processo Civil português, não vingaram na extensão inicialmente idealizada, já que as complicações práticas trouxeram enorme preocupação à comunidade jurídica, ensejando o acatamento pelo Senado. Dessa forma, após Relatório elaborado pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, o poder de adaptação do juiz foi limitado à possibilidade de dilação dos prazos processuais e de alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 118, V), não

[67] "Não se pode negar que a jurisprudência pode exercer influência junto ao legislador, mediante a sinalização da necessidade de ser suprida a carência legislativa em certas matérias ou evidenciando a conveniência ou mesmo a necessidade de modificação no direito positivo. Vigente. A aplicação do direito é uma "obra de acomodação do geral ao concreto", demandando incessante trabalho de adaptação e até mesmo de criação, já que a lei não pode prever todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida." (TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13). p. 109).

[68] Marcelo Bonicio, ao tratar da necessidade de uma postura ativa do juiz quando da adequação de meios, mas que obedeça o princípio da proporcionalidade, acrescenta: "A exigência de adequação de meios, tal como estruturada no princípio da proporcionalidade, parece unir os antigos reclamos da doutrina processual com a moderna tendência de instrumentalização do processo, tornando ainda mais consistente a obrigação que o juiz tem de participar ativamente do processo. Esta busca por uma maior participação do juiz no processo deve contribuir para tornar o processo mais justo e équo, com uma fase instrutória conduzida com sabedoria e comprometimento com os ideais de justiça que se esperam desta atividade. Tudo isso deverá resultar num julgamento que se aproxime o máximo possível da verdade." (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 94).

atingindo os atos e procedimentos (retirou-se o parágrafo do artigo 151, atual 163)[69].

De qualquer modo, continua bastante abrangente o poder do magistrado previsto no Projeto do novo CPC, inclusive para fins de adaptação processual, mormente quando da escolha e aplicação das medidas cominatórias para fins de cumprimento do TAC. Ora, em se tratando de direitos transindividuais, tais técnicas de flexibilização se mostram extremamente úteis, já que adéquam o procedimento às peculiaridades do caso concreto, garantindo maior efetividade à tutela dos referidos bens jurídicos.

A flexibilização do procedimento é uma tendência já vem sendo adotada por outros sistemas jurídicos, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal[70]. Possui perfeita compatibilização com a função legitimante do procedimento[71] e com o devido processo constitucional[72] – material e formal -, e representa uma técnica processual que vem atender às expectativas dos jurisdicionados de uma tutela judicial que efetiva e tempestivamente corresponda ao seu direito material.[73]

A possibilidade de ajustes necessários não é uma novidade em nosso ambiente jurídico, e costuma se manifestar como fenômenos denominados de conversão, de

[69] Tais modificações constam do Substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira à Comissão Especial do Senado Federal. O texto integral está disponível em http://humbertodalla.blogspot.com, acesso em 30 de novembro de 2010.

[70] "Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelará pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando se isto representa ou não quebramento do modelo processual historicamente desenhado." (GAJARDONI, 2008, p. 112).

[71] "A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do *iter*. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme às circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional." (GAJARDONI, 2008, p. 97).

[72] "Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consetâneo com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo." (Ibidem, p. 100).

[73] "Assim, em prol da justa adequação de meios, seria muito melhor que fosse estabelecido um procedimento específico para cuidar dos assuntos mais recorrentes, na esfera da ação civil pública, porque entre eles não há a mesma homogeneidade que há entre as demandas individuais, de maneira que o procedimento ordinário, evidentemente, não tem condições de oferecer respostas *adequadas* aos problemas que surgem na esfera das ações civis públicas." (BONICIO, 2008, p. 151).

fungibilidade[74], ou de adaptação, expressões estas que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. A primeira se revela no sentido de troca, substituição, e a segunda no sentido de escolha. Já a terceira é no sentido de flexibilização ou de aproveitamento do meio como se fosse o mais correto. Apesar dessa diferenciação, os casos de fungibilidade são tratados na doutrina: ora como troca, substituição, ou seja, no sentido se conversão formal; ora no sentido de possibilidade de utilização de mais de um meio processual posto à disposição pela lei; e ora para se aproveitar o ato inadequado.[75]

Por sua vez, quanto ao princípio da adaptação, poder-se-ia indicar na lei processual em vigor a conjugação do artigo 154 "caput" com os artigos 243 e seguintes que tratam das nulidades processuais.[76] Essas normas dispõem que, a princípio, os atos e termos processuais só ensejarão vício se a forma, prevista em lei e com cominação de nulidade, não for atendida no processo. Por outro lado, inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se por outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte. Em outras palavras, se os atos ou termos do processo previstos na lei sem cominação de nulidade atingirem sua finalidade ou não causarem prejuízo à parte, será considerado válido[77].

[74] Luiz Gustavo Tardin, em obra que destaca a fungibilidade das tutelas de urgência, assevera: "O princípio da fungibilidade, como mecanismo para flexibilizar a rigidez das formas processuais, tem sido aplicado no direito processual civil. Além disso, é tradicional o emprego do princípio da fungibilidade no âmbito recursal e se aplica também na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisas. No mais, o art. 922 do CPC autoriza a fungibilidade nas demandas possessórias." (TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4). p. 152.).

[75] AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil). p. 4-5.

[76] "Salienta que a instrumentalidade das formas, ao contrário do que pode fazer crer o artigo 244 do CPC, estende-se a todas as modalidades de nulidades. Embasa sua tese no fato de que a própria lei prevê, em determinados casos, a possibilidade de uma nulidade cominada ser sanada em face do alcance do objeto da norma, na dicção do art. 249, §1º do CPC, que consagra a máxima *pas de nullité sans grief*, bem como na analogia, ao art. 249, §2º do mesmo diploma." (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf. Acesso em: 01 jan. 2008. p. 11).

[77] "O que me parece importante salientar da leitura é feita destas regras – especialmente no tocante ao procedimento – é que o nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela. E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modele à tutela, e não o contrário." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 104).

Fernando Gajardoni justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação: que é "*a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material*"; e b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar "*a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa*." Acrescenta o autor que a flexibilização do procedimento "*é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade*", bem como que ambos os princípios "*se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material*).".[78]

Na flexibilização procedimental judicial o julgador, na falta de previsão legislativa, adéqua o procedimento aos valores concebidos na Constituição. Citam-se como exemplos: os direitos difusos e coletivos e procedimento diferenciado[79], a inversão da ordem de produção de provas, a fungibilidade procedimental, a fungibilidade entre ritos e demandas, a fungibilidade entre defesas, a fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, a fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas, a utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto, as variantes no âmbito do procedimento recursal, a flexibilização judicial dos prazos, e a flexibilização das rígidas regras sobre preclusão.[80]

No que tange à aplicação da técnica mencionada nos ajustamentos de conduta, duas ocasiões se mostram oportunas: na eventual alteração fática ou jurídica a demandar a modificação das cláusulas do acordo inicialmente celebrado e na aplicação das medidas de apoio pelo juiz.

---

[78] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 134-135.

[79] "As técnicas diferenciadas existentes no Brasil que tentam, ou "que se propõem" a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa pode ser resumida do seguinte modo: (a) julgamento liminar de ações repetitivas (art. 285-A, CPC); (b) incidente de uniformização (art. 476, CPC); (c) afetação de julgamento a órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (art. 555, §1º, CPC); (d) uniformização de interpretação da lei federal no Juizado Especial Federal (art. 14, Lei 10.259/2001); (e) súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988 e Lei 11.417/2006); (f) julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C, CPC), entre outras." (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010. p. 133).

[80] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 180-215.

Assim, firmado o ajustamento de conduta por um colegitimado, nada obsta a que outros exijam, a qualquer momento, novas obrigações do ajuste, a fim de enquadrar as circunstâncias nos exatos preceitos do ordenamento jurídico. Não bastasse, o órgão público que firmou o termo pode pretender complementar o título para adequá-lo ao resguardo integral do bem jurídico tutelado, convocando o signatário para uma nova tentativa de composição.

Isso porque não há imutabilidade[81] no compromisso inicialmente firmado que deve, sempre que necessário, se adequar à nova situação eventualmente existente no momento da exigência do cumprimento da obrigação. E caso não haja êxito em convencer o obrigado a se submeter a novo ajuste, deverá o interessado se valer das medidas cabíveis.[82] Dentre elas está a possibilidade de rescisão voluntária pelo mesmo procedimento pelo qual foi feito ou, então, contenciosamente.[83]

O termo de ajuste de conduta também pode ser desconstituído pelo próprio tomador do ajuste ou pelos colegitimados à propositura da ação civil pública, cabendo a todos os entes públicos e privados destinados a proteger os interesses transindividuais a fiscalização quanto à regularidade da tomada do ajustamento de conduta. Assim, as cláusulas do acordo devem efetivamente ser condizentes com a tutela do bem jurídico e com o legítimo interesse da sociedade, e não padecerem de vícios como dolo, coação ou erro essencial.

Portanto, eventual ilegalidade, excesso ou inadequação pode ensejar a desconstituição do título executivo formulado via ação civil pública, que pode, inclusive, ser cumulada com outros pedidos para a efetiva proteção do bem jurídico de natureza difusa ou coletiva.[84] Não bastasse, a ação popular e o mandado de segurança individual e coletivo também são instrumentos aptos à impugnação judicial de compromissos de ajustamento de conduta.[85]

---

[81] VIDAL AKAOUI, 2010, p. 93.

[82] "Realmente, o não cumprimento sujeita o compromissário a suportar a execução ou o pedido de cumprimento, que se realizará pela conversão em valor monetário se houver recusa na obrigação de fazer. De maneira alguma se desconstitui o título, e retorna-se à situação anterior, isto é, com o prosseguimento do inquérito civil ou da ação civil, se o termo ficou celebrado depois de seu ajuizamento. É peremptório que o título dera força absoluta, desaparecendo o inquérito ou a ação." (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 193).

[83] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 437-438.

[84] VIDAL AKAOUI, 2010, p. 97.

[85] RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. CHAVES, Cristiano;

Por fim, deixe-se assente que, na tutela dos direitos coletivos, há várias regras legais que autorizam a adequação judicial do procedimento. Outrossim, o extinto projeto de lei de Ação Civil Pública consagrava de modo impecável o princípio da adequação jurisdicional do processo, no § 1º do art. 10, estabelecendo como limites para a adaptação o momento da sentença, o contraditório e a ampla defesa.[86]

8- Perspectivas e Expectativas

Este trabalho não tem a pretensão de apresentar conclusões sobre as vicissitudes do compromisso de ajustamento de conduta. A ideia é rediscutir o tema à luz do Projeto do novo CPC e diante do arquivamento do P.L. nº 5139/09.

Quer nos parecer que, não só diante da regra que adota a subsidiariedade (art. 15 c/c art. 1006, ambos do PLS 166/10, na versão do Substitutivo), como também em razão do aumento dos poderes do juiz (art. 118, notadamente o inciso IV, que trata da composição amigável e art. 6º, que trata da atividade hermenêutica, voltada aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum), os acordos em ações coletivas passarão a ser examinados de forma diversa.

É bem verdade que há de ser respeitada a natureza indisponível do direito tutelado nessas ações; por outro lado, diante da máxima da ponderação, se num determinado caso, o autor e o réu entendem ser possível o acordo, se o M.P. concorda e se o magistrado homologa, não vemos razão para que se negue exiquibilidade ao avençado.

É preciso salientar que, em demandas coletivas, deve o juiz permanentemente velar para que a sociedade seja efetivamente ouvida acerca do que está em discussão.

Instrumentos como a audiência pública e a admissão de *amici curiae* devem ser estimulados, de modo a se pensar numa mudança legislativa para que tais providências sejam obrigatórias antes da homologação do acordo ou mesmo da decisão judicial,

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público*: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 209-212.

[86] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazela proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253-254.

como forma segura de garantir a participação popular na administração judicial, sobretudo quando o objeto do processo traduz um interesse transindividual.

A submissão a juízo dos acordos em sede de ações coletivas dá mais segurança ao ordenamento jurídico, na medida em que garante a formação da coisa julgada, impede a alegação futura de alguns vícios e torna o procedimento executivo mais simples, por viabilizar a aplicação das regras relativas ao cumprimento de sentença.

Contudo, é preciso ainda pensar em mecanismos que possibilitem a exclusão dos efeitos da sentença homologatória daqueles que não concordam com os termos do acordo e que desejam ingressar com demanda individual. Trata-se da figura do "opt out" tão popular no direito norteamericano[87].

Voltando a temática dos poderes do juiz, parece-nos que diante da redação do Projeto do CPC, mesmo numa ação coletiva, poderá o juiz tomar uma das seguintes providências: (a) não designar audiência de conciliação, por entender que não há possibilidade de acordo ou que o direito em tela não pode ser objeto de qualquer tipo de transação, seja material, seja processual; (b) designar audiência de conciliação que será presidida pelo próprio magistrado, na qual poderá convocar outras pessoas ou entidades que possam contribuir para a busca de uma solução consensual (incluindo outros legitimados para aquela ação); (c) designar uma audiência de conciliação que será conduzida por um conciliador judicial, sob a orientação e supervisão do magistrado; (d) designar uma sessão de mediação, conduzida por um mediador judicial, nas hipóteses em que o magistrado vislumbre um vínculo entre as partes envolvidas ou uma situação mais delicada que mereça um trabalho mais profundo e complexo no sentido de não se causar um mal maior às parte envolvidas.

Para que tais providências possam ser tomadas com a estrutura necessária, e ainda com o objetivo de evitar os inúmeros problemas enfrentados hoje em razão de conexão, continência, litispendência ou mesmo pela simples reunião de processos, seria de todo recomendável a criação dos juízos especializados em tutela coletiva, preferencialmente organizados por matéria, e contando com um banco de dados administrado pelo CNJ, ligado a um outro banco de dados gerenciado pelo CNMP, no qual constariam os inquéritos civil e compromissos de ajustamento de conduta em trâmite ou encerrados.

[87] Para maiores informações, remetemos o leitor a seguinte obra: GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coleiva dos direitos*, São Paulo, RT, 2007.

Nesse sentido, o P.L. 5.139/09 trazia excelentes idéias relativas a esses bancos de dados, incluindo a necessidade de instruir a petição inicial com certidão a partir desses sistemas, de modo a informar o juízo acerca de eventual cumulação de demandas quanto ao mesmo objeto.

Finalmente, é preciso refletir sobre os impactos do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930 do Projeto do novo CPC) sobre as demandas coletivas.

Mas isso é assunto para um outro trabalho.

9. Referências bibliográficas

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coord.). Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 71-91, 2009.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. Revista de Processo, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 662-683.

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

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

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.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazela proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-254.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 3-58.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

JARDIM, Augusto Tanger. Das nulidades processuais. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf . Acesso em: 01 jan. 2008.

LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Novo código de processo

civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 188. p. 163-174, outubro. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. Conceito e legitimação para agir. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo, in Estudos de Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 55-60.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.
_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

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

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 541-558.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

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.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. 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).

_____. (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume IV, 2009, pp. 25/53, disponível em http://www.redp.com.br. Acesso em 04/08/10.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
_____. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público*: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 175-221.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4).

TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13).

VIDAL AKAOUI, Fernando Reverendo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional* – o modelo constitucional do processo civil brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Juliano de Oliveira Brandis

Advogado. Mestrando em Direito Processual da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Graduado em Direito Processual Lato Sensu *pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor Substituto de Direito Processual Civil III e IV na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).*

Miller Freire de Carvalho

Advogado. Pós-Graduando em Direito Processual Lato Sensu *pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).*

Resumo: Este trabalho examina os principais artigos da execução provisória previstos no Projeto de Lei do Senado nº. 8.046 de 2010, que trata do Novo Código de Processo Civil. Esses dispositivos inovam substancialmente a execução provisória da sentença, conferindo maior ênfase a esse instituto. A partir da análise do direito comparado e da evolução do direito brasileiro, é feito um breve exame do alcance de tais dispositivos, antecipando algumas situações concretas que poderão ocorrer com a vigência do novo texto.

Abstract: This paper examines the main articles of the provisional enforcement provided by the Senate´s Project of Law number 8.046/10, that deals the New Civil Procedure Code. These rules are substantially innovating the sentence provisional enforcement, giving more emphasys to this institute. From the analysis of the Comparative Law and the evolution of the Brazilian Law, it is presented a brief review of the possible questions and the problems that can be expected at the arrival of these new rules.

Palavras-chave: Projeto. Código de Processo Civil. Execução provisória.

Keywords: Project. Civil Procedure Code. Provisional enforcement.

Sumário: *1. Introdução – 2. Direito comparado – 3. Direito brasileiro – 4. Comentários aos dispositivos – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.*

1. Introdução

As transformações político-econômicas na Europa, especialmente aquelas ocorridas no pós – 2ª Guerra Mundial, permitiram a construção dos direitos fundamentais com enfoque na contenção da atuação do poder estatal e no regramento de uma sociedade que se caracterizaria pela crescente complexidade[1].

No Brasil, devido ao regime ditatorial, esse novo enfoque *neoconstitucional* do Direito somente foi introduzido após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais estão consagrados no texto constitucional vigente e traduzem a ratificação de valores que foram construídos historicamente e buscam constantemente o seu fundamento, e, por fim, a sua efetivação no meio social.

Esses valores foram semeados em todo ordenamento jurídico, o que determinou a reconstrução de diversos institutos jurídicos em todos os ramos do Direito no decorrer das duas últimas décadas. Aqui, cuida-se essencialmente da relação entre Direito Processual e Direito Constitucional, com enfoque nos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o Projeto do Novo Código de Processo Civil deve ser encarado como um desafio para a comunidade jurídica contemporânea. Para que logre êxito, os princípios e garantias processuais constitucionais devem atuar informando a ação dos juízes diante da nova construção conferida a alguns institutos, dentre eles, a execução provisória.

Evidentemente, o *neoconstitucionalimo* não pode ser estudado como um conceito único, já que cada autor o explica de determinada maneira[2]. Certo é, no entanto, que duas características fundamentais interessam de sobremaneira e, por isso,

[1] Segundo Marcelo Neves, a constituição moderna surge de dois problemas fundamentais: *"de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais e humanos; de outro, associado a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo nos de determinação da composição do órgão de governo), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal"* (*Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI).

[2] Nesse sentido Humberto Ávila: *"É certo que não há apenas um conceito de 'neoconstitucionalismo'. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do 'neoconstitucionalismo'. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural 'neoconstitucionalismo (s)'"* (*'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência', in* Revista Eletrônica de Direito do Estado, n° 17, 2009, p. 1).

recorrentemente são citadas para identificar o movimento: o crescente aumento da força dos princípios, com a atenuação da aplicação das regras; e a prevalência da Constituição sobre as leis.

A previsão dos princípios e garantias processuais no texto constitucional, oriunda desse novo enfoque *neoconstitucional*, fez com que os dispositivos legais relacionados ao processo fossem interpretados levando em conta a incidência das garantias processuais da efetividade, celeridade, segurança jurídica, entre outras.

Dessa forma, não basta agora ao juiz aplicar o procedimento através da obediência "*cega*" à lei, pelo contrário, deve ele sempre interpretar a lei processual como um instrumento para a efetivação do direito material, que se consubstancia em uma série de princípios e garantias fundamentais.

O princípio da efetividade ocupa papel central dentro dessa nova sistemática de controle dos poderes do juiz. Segurança jurídica e rapidez sempre foram aspirações que necessitavam ser conciliadas por aqueles que buscavam uma tutela jurisdicional efetiva[3]. Portanto, a legislação processual civil precisou conciliar esses objetivos, o que fez prevendo instrumentos como a execução provisória das decisões. Este instituto permite a concessão de eficácia às decisões jurisdicionais antes do tempo que, normalmente, teria lugar, ou seja, antes do trânsito em julgado e consequente reconhecimento da imutabilidade da decisão.

A necessidade de criação desse instrumento surge do conflito entre a tutela do direito subjetivo da parte e o tempo. A atividade processual necessita de um decurso de tempo natural, todavia, existem hipóteses em que esse lapso temporal poderia impedir a entrega do bem da vida a quem pertence de direito[4].

A existência de um sistema recursal, contudo, ao mesmo tempo em que proporciona maior segurança, dilata o tempo necessário à efetivação do direito do autor. De fato, como lembra Cândido Rangel Dinamarco, o processo não vive apenas de certezas, incumbindo ao magistrado dimensionar as probabilidades de acerto e os riscos

[3] Para José Roberto dos Santos Bedaque, o processo efetivo seria aquele em que haveria um equilíbrio entre segurança jurídica e celeridade: "*Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material* " (*Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo,2007. p. 49).

[4]Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ratificam essa ideia de que *"o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, não há outra alternativa, quando se deseja colocar o processo à luz da isonomia, do que pensar em técnicas que permitam uma distribuição igualitária do tempo do processo entre os litigantes"* (Processo de Execução. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 355).

de acerto, expondo-se racionalmente a estes, porém, deixando atrás de si as portas abertas para a reparação de erros eventualmente cometidos. A execução provisória é em si mesma um risco, que a lei pondera ao exigir cauções, com vistas a deixar o caminho aberto à reparação de possíveis erros[5].

Assim como se deu na Itália, o Projeto do Novo Código de Processo Civil pretende privar o recurso de apelação do seu efeito suspensivo, pelo menos como regra geral[6]. Lá, como agora se pretende aqui, a reforma legislativa ocorreu em busca de maior efetividade aos comandos jurisdicionais de primeiro grau. Essa proposta, se aprovada, confere maior efetividade à execução provisória das sentenças, que deixará de ser a exceção para se transformar na regra.

Ademais, a nova disciplina dada à execução provisória pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil reflete a escolha do legislador no intuito de conceder poderes ao juiz para torná-la uma tutela de satisfação plena do direito do credor, aumentando as hipóteses de levantamento do crédito sem a prestação de caução.

O objetivo deste trabalho, portanto, é discutir as modificações introduzidas pelo Projeto, bem como estudar o caráter satisfativo da execução provisória, através da análise dos artigos que mais alteram a regulamentação do instituto. Contudo, necessário que, anteriormente, faça-se um breve estudo sobre o direito comparado e a evolução do instituto da execução provisória no Brasil, com a finalidade de delinear de forma mais concreta o objeto deste trabalho.

2. Direito comparado

Afirma Cássio Scarpinella Bueno, citando Frederico Carpi, que, embora houvesse na época medieval situações de eficácia da decisão durante a pendência do apelo, os fundamentos da execução provisória da sentença, na forma como hoje se encontra, surgiram apenas no direito comum, que vai, aproximadamente, do período de 1100 a 1500, na fase denominada *"processo comum italiano"*. Mas, segundo o autor italiano, foi apenas a partir do século XIII que a execução provisória passou a ser regulamentada pelo direito francês e por outros países europeus. *"O desenvolvimento do instituto e a previsão expressa de sua admissão em diversas hipóteses, no Código de*

[5] *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 255.
[6] PLS nº. 8.046: *"Art. 965. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada."*

Francisco I (1539) e de Luis XIV (1667), já delineavam, como no direito moderno, a ausência de efeito suspensivo como definidora da execução provisória do julgado"[7].

Atualmente, na Alemanha, a ZPO (*Zivilprozessördnung*) prevê a execução provisória da sentença a ser iniciada de ofício (§§ 708 a 710) e a pedido do exequente (§§ 534 e 560). A regra no ordenamento processual civil alemão é, portanto, de executividade provisória da sentença, em que pese possa o executado evitar a execução provisória prestando caução pelo valor do dano que o credor poderá vir a sofrer pelo não início da execução, ou consignando a coisa devida.

Não muito diferente, a *Ley de Enjuiciamento Civil* espanhola também permite, como regra geral, a execução provisória, porém, desde que requerida pela parte interessada, a quem incumbe prestar caução suficiente para responder pelo que venha a receber e pelos danos, prejuízos e custas que ocasionar ao executado.

Na França, o *Nouveau Code de Procedure Civile* considera a executividade provisória da sentença como a regra, a ser afastada excepcionalmente nas hipóteses legais ou pela apreciação judicial. Esse Código dispõe sobre a possibilidade de condicionamento da execução provisória à prestação de uma garantia a ser oferecida pelo exequente. Assim como o ordenamento alemão, o Código francês prevê a possibilidade de o executado pleitear a suspensão da execução provisória, garantindo o juízo com valor suficiente para cobrir a condenação, juros e custas, caso a sentença seja confirmada pelo tribunal[8]. Seria uma forma de o próprio devedor, na qualidade de executado provisoriamente, proteger-se contra a execução enquanto aguarda o julgamento do apelo. Essa alternativa é vedada, porém, quando se tratar de condenação em prestações de caráter alimentar, indenizatória ou de provisão de fundos.

O *Codice di Procedura Civile* dispõe que as sentenças de primeiro grau na Itália são todas executáveis provisoriamente. Embora não exista mais a necessidade de prestação de caução para se dar início à execução, eventual insolvência do exequente provisório permite a suspensão da execução pelo tribunal.

Entretanto, o ordenamento processual civil da Europa que, em termos de execução provisória, mais se assemelha ao Código de Processo Civil de 1973 é o de

[7] *Execução provisória e antecipação de tutela.* São Paulo: Ed. Método, 1999. p. 53.
[8] *"Article 521. La partie condamnée au paiement de sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie en consignant, sur autorisation du juge, les espèces ou les valeurs suffisantes pour garantir, en principal, intérêts et frais, le montant de la condamnation. (...)"*

Portugal. Conforme previsto no Código de Processo Civil português, a apelação, regra geral, deve ser recebida no duplo efeito, devolutivo e suspensivo, de modo que a execução provisória em Portugal, assim como no Brasil, só tem lugar se a apelação for recebida sem o efeito suspensivo, por expressa disposição legal.

3. Direito brasileiro

No Brasil, a execução provisória foi introduzida pelas Ordenações Filipinas, diploma legal português que, a despeito da independência brasileira, continuou a reger o processo nacional[9]. A Consolidação das Leis do Processo Civil, primeiro Código de Processo Civil promulgado efetivamente pelo Brasil, manteve em nosso ordenamento o mencionado instituto. Posteriormente, com a atribuição de competência legislativa processual aos Estados-membros pela Constituição de 1891, alguns Códigos de Processo Civil, como o do Estado do Rio Grande do Sul, ao contrário da maioria, não admitiram a execução provisória.

Restabelecida a unidade legislativa do direito processual, foi aprovado em 1939, com vigor a partir de 1º de fevereiro de 1940, o novo Código de Processo Civil nacional[10], que regulamentou a execução provisória em seus arts. 882, inciso II, e 883, de forma bastante semelhante ao sistema vigente, previsto no atual Código de Processo Civil, Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

O CPC/1973 sofreu inúmeras alterações ao longo dos seus 37 anos de vigência, especialmente provocadas, no tocante à execução da sentença, pelas Leis nº. 10.444/02 e 11.232/05. Antes das reformas, a execução provisória era prevista no art. 588 do CPC[11] e não outorgava verdadeira vantagem ao exequente, do ponto de vista da

[9] Conforme Decreto de 20 de outubro de 1823, posteriormente consolidado, com as demais leis imperiais processuais civis brasileiras, na *"Consolidação Ribas"*.

[10] *"CPC/1939. Art. 882. Serão exequíveis as sentenças: I – quando transitadas em julgado; II – quando recebido o recurso no efeito somente devolutivo. Art. 883. A execução provisória da sentença obedecerá aos princípios seguintes: I – a execução provisória ficará sem efeito, desde que sobrevenha sentença pela qual se modifique ou anule a que constituir objeto da execução; II – a reparação dos danos que, em consequência da execução, sofrer o executado, se reclamará e liquidará nos próprios autos da ação; III – a execução provisória não abrangerá os atos que importarem alienação de domínio, nem autorizará, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro."*

[11] *"CPC/1973. Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas os seguintes princípios: I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II – não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se*

abrangência e eficácia na realização concreta do direito material reconhecido em sentença. Na época, Leonardo Greco teve a oportunidade de escrever que "*no Direito brasileiro, os ônus e limitações impostos à execução provisória das sentenças desestimula excessivamente a sua utilização*"[12].

A Lei nº. 10.444/02 inovou, porém, ao permitir a prática de atos de alienação de domínio e o levantamento de depósito em dinheiro, desde que o exequente tenha prestado caução idônea[13], com exceção das hipóteses previstas no § 2º do art. 588. Mas, foi só a partir das alterações provocadas pela Lei nº. 11.232/05, que a execução provisória passou a ser regulada pelo art. 475-O[14] na forma como hoje está.

Diante da necessidade de um novo Diploma Legal que estivesse em total harmonia com as garantias e princípios previstos na Constituição Federal de 1988, o Senado Federal apresentou, em meados de 2010, o Projeto de Lei nº. 166, que pretende instituir um novo Código de Processo Civil no Brasil. Não se trata, pois, de reforma, mas de um novo Código, com uma nova ideologia, que busca especialmente "*gerar um*

---

as coisas no estado anterior. Parágrafo único: No caso do nº. III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução."

[12] *O processo de execução.* V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 202.

[13] CPC/1973 com redação dada pela Lei nº. 10.444/02. *"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º. No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade."*

[14] CPC/1973 com redação da pela Lei nº. 11.232/05. *"Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação."*

processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo"[15].

O Senado Federal, ainda em dezembro de 2010, aprovou a Emenda nº. 01 ao PLS nº. 166/2010, ficando o Substitutivo conhecido como PLS nº. 8.046/2010. O presente estudo, portanto, pretende analisar não o Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro e Professor Luiz Fux, mas o texto Substitutivo, que novamente será submetido à votação.

4. Comentários aos dispositivos

> Art. 500. O cumprimento da sentença condenatória será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro III deste Código.
> § 1º O cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do credor.
> § 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:
> I – pelo Diário da Justiça, na pessoa do seu advogado constituído nos autos;
> II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou não tiver procurador constituído nos autos;
> III – por edital, quando tiver sido revel na fase de conhecimento.
> § 3º Na hipótese do § 2º, inciso II, considera-se realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo.

Em consonância com o princípio da demanda, o art. 500, § 1º, dispõe sobre a necessidade de requerimento da parte para o início da execução. Diversamente do processo civil alemão, o Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro não permite que a execução seja iniciada de ofício pelo juiz. Em especial pela natureza predominantemente disponível dos direitos envolvidos.

Como o direito subjetivo tem caráter privado e é de cunho disponível, ao Estado não incumbe interferir na vontade do particular para lhe impor a satisfação de um direito, ainda que ele tenha sido reconhecido em uma sentença. Se assim lhe fosse

[15] BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 15.

permitido agir, isto é, se ao Estado fosse conferida a possibilidade de iniciar de ofício o cumprimento de sentença, a imparcialidade do magistrado estaria comprometida nesta fase processual.

A regra prevista neste dispositivo apenas confirma o teor do art. 2º do PL nº. 8.046/2010, segundo o qual *"o processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial"*.

O art. 500, § 2º, resolve a dúvida sobre a necessidade de intimação do devedor ou de seu advogado para o início da fase de cumprimento de sentença. O texto do dispositivo traz como regra a intimação do procurador do executado pelo Diário da Justiça e não a intimação do executado. Essa, excepcionalmente, ocorrerá: a) pela via postal quando o executado estiver representado pela Defensoria Pública ou não tiver procurador nos autos; b) por edital quando tiver sido revel na fase de conhecimento.

Questiona-se, porém, o motivo de o réu revel na fase de conhecimento ser intimado por edital. Como cediço, uma coisa é a revelia – não apresentação de contestação ou a sua apresentação intempestiva –, outra, muito diferente, é a ocorrência dos efeitos da revelia. A revelia pode se verificar e nem por isso seus efeitos, materiais e processuais, necessariamente se farão presentes. A lei permite ao réu (revel), que não tenha contestado o pedido, que participe do processo, constituindo advogado, quando, então, o efeito processual da revelia de prosseguimento do feito sem intimação não ocorrerá. Nesse caso, por exemplo, em que o réu, mesmo revel, tem procurador nos autos, não faz sentido que a intimação da execução, provisória ou definitiva, se dê por edital.

Se ao revel é assegurado o direito de ingressar no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, o princípio do contraditório participativo impõe que ele seja cientificado do início de uma nova fase do processo. Assim, não apenas naquela situação excepcional, mas em qualquer hipótese, deve o executado, ainda que revel no processo de conhecimento, ser intimado também pela via postal.

O art. 504 tem a seguinte redação:

> Art. 504. Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

> Parágrafo único. As decisões exaradas na fase de cumprimento de sentença que não implicarem na extinção do processo ou na declaração de satisfação da obrigação estão sujeitas a agravo de instrumento.

Ao que parece, o parágrafo único manteve o disposto no artigo 475-M, § 3º, CPC/73. É cabível o agravo de instrumento quando o juiz rejeita ou acolhe a impugnação, mas não coloca fim à execução ou declara satisfeita a obrigação, hipóteses em que o recurso adequado seria a apelação.

Outrossim, observa-se que o agravo retido foi excluído do texto processual, de modo que caberá à parte alegar sua discordância nos autos e ao juiz decidir sobre a questão levantada. Proferida a decisão no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, torna-se impugnável por agravo de instrumento, diante da inviabilidade do agravo retido. A norma prevista no parágrafo único do art. 504 está, portanto, em consonância com a tendência dos tribunais de se interpretar o agravo de instrumento como recurso cabível nas hipóteses objetivamente previstas na lei.

O art. 506 do PLS nº. 8.046 está assim enunciado:

> Art. 506. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
> I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
> II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos;
> III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;
> IV - o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.
> § 1º A multa a que se refere o §1º do art. 509 é devida no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.
> § 2º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o

> ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto na fase de conhecimento.
> § 3º O depósito a que se refere o § 2º, importa renúncia ao direito de impugnar o pedido de cumprimento de sentença; todavia, o levantamento do depósito dependerá da prestação de caução na forma do inciso IV.

O inciso I possui a mesma redação do artigo 475-O, I, CPC/73, e continua pecando pela ausência de clareza, afinal a reforma da sentença capaz de impor a reparação do dano é aquela verificada de forma definitiva e imutável. A reforma da sentença pelo tribunal estadual, por exemplo, não gera o direito à indenização se também o acórdão reformador tiver sido impugnado. Nessa situação, somente a decisão do tribunal superior insuscetível de recurso e contrária à decisão executada provisoriamente levará o exequente a reparar os danos que o executado haja sofrido.

Apesar do acerto do texto do inciso II, que excluiu a expressão final *"por arbitramento"* que consta na lei processual atualmente em vigor, considera-se que a sua redação poderia ainda assim ser aprimorada com a substituição da expressão *"sentença objeto da execução"* por *"decisão objeto da execução"*. Nem sempre a decisão executada provisoriamente será uma sentença. É possível que acórdão modifique acórdão, e não sentença, quando se estiver, por exemplo, executando pela primeira vez um acórdão de um tribunal. Semelhantemente, é possível também que sentença ou acórdão modifique decisão interlocutória, como a concessiva de tutela antecipada.

O PL nº. 8.046/2010 mantém a desnecessidade de prestação de caução para o início da execução provisória, conforme inovação trazida pela Lei nº. 10.444/02. A exigência da caução, todavia, será mantida para a prática dos atos enumerados no inciso IV do art. 506, hipóteses em que há a possibilidade de dano real e não meramente hipotético. Nessas situações, independente de requerimento do executado, o juiz fixará caução suficiente e idônea.

O art. 509, caput, do Projeto do Novo Código de Processo Civil repete a regra do art. 475-J, porém com o benefício da eliminação das dúvidas que ainda persistem perante o atual Código de Processo Civil sobre a necessidade ou não de intimação do executado para a incidência da multa de dez por cento, agora prevista no § 1º. O texto do mencionado dispositivo é expresso sobre a necessidade de intimação do executado,

na pessoa do seu advogado[16], para cumprir a obrigação fixada em sentença condenatória no prazo de quinze dias. Transcorrido esse prazo sem o pagamento voluntário, ao débito será acrescido o valor de dez por cento a título de multa.

A regra do art. 506, § 1º, determina a incidência dessa multa também na ocasião do cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa[17]. O executado provisório seria intimado, portanto, para efetuar o depósito (e não o pagamento) do valor da condenação em quinze dias. A multa de dez por cento apenas incidiria se o depósito não fosse realizado naquele prazo. O PL nº. 8.046/2010 tomou o cuidado de esclarecer que o depósito do valor da condenação não prejudica eventual recurso interposto pelo executado e só poderá ser levantado pelo exequente mediante a apresentação de caução, observadas as hipóteses de dispensa.

Conforme o art. 506, § 3º, entretanto, o depósito do valor da condenação a fim de evitar a aplicação da multa de dez por certo importa renúncia ao direito de impugnar o pedido de cumprimento de sentença. Tal norma só se aplica ao cumprimento provisório da sentença, não ao definitivo, posto não existir regra semelhante no Capítulo III do Título II do PL nº. 8.046/2010. O Projeto de Lei confere, portanto, tratamento diferenciado a duas situações semelhantes sem que o critério diferenciador se justifique, o que, no mínimo, é contraditório.

Pode-se dizer ainda ser incompreensível tal dispositivo, tendo em consideração que o cumprimento provisório da sentença, uma vez transitada em julgada esta, transforma-se em cumprimento definitivo da sentença.

A prevalecer essa regra, o executado poderá ou não apresentar impugnação ao cumprimento de sentença de acordo com o momento em que o trânsito em julgado se verificou. Isso porque se o trânsito em julgado da decisão impugnada ocorrer ainda durante o prazo de quinze dias para o pagamento voluntário do valor da condenação em sede de cumprimento provisório de sentença, aí poderá impugnar o cumprimento.

[16] O Projeto do Novo Código de Processo Civil consagra entendimento já pacificado pelo STJ no sentido de que é necessária a intimação do devedor na pessoa de seu advogado para que incida a multa do artigo 475-J, CPC/73. Ver REsp 940274/MS, publicado em 31/05/2010. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 12 de abril de 2011.

[17] Nesse aspecto, o Projeto do Novo Código de Processo Civil vai de encontro ao entendimento do STJ que reiteradas vezes decidiu pela não aplicação da multa do 475-J durante a execução provisória. Haveria, segundo a Corte Superior, uma incompatibilidade lógica em permitir ao devedor que recorra da decisão de mérito e, ao mesmo tempo, fazer uso de um meio coercitivo para obrigá-lo a depositar a quantia fixada na condenação. Ver AgRg no REsp 1126748 / PR, publicado em 31/05/2010. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 12 de abril de 2011.

Agora, caso o trânsito em julgado só se verifique após o transcurso do prazo mencionado – o que é mais certo de ocorrer, dada a exiguidade do prazo e o tempo necessário ao julgamento de um recurso – o cumprimento provisório de sentença não poderá ser impugnado, ainda que transformado em cumprimento definitivo.

O art. 506, § 3º, portanto, coloca o executado provisório em uma situação dramática. De duas uma: ou não faz o depósito para impugnar o cumprimento provisório da sentença, sustentando alguma das matérias do art. 511, com a possibilidade de inviabilizá-lo, mas do contrário arca com a incidência da multa de dez por cento; ou faz o depósito para evitar a aplicação da multa, mas renuncia ao seu direito de impugnar o cumprimento provisório da sentença.

A situação é delicada e abre margens à litigância de má-fé pelo exequente. Ilustrativamente, o exequente, credor de uma sentença condenatória ainda não transitada em julgado, no valor de R$ 10.000,00, pode, desonestamente, pretender a execução provisória de R$ 10.500,00 e, por isso, desconcertar o executado. A este abririam duas oportunidades: primeiro, depositar o valor para evitar a multa de R$ 1.050,00 (dez por cento), abdicando de alegar excesso de execução; segundo, impugnar o cumprimento provisório da sentença pelo excesso de execução e, caso vencido, pagar o valor acrescido da multa, ou seja, R$ 11.550,00. Na primeira solução o prejuízo seria certamente de R$ 500,00 e na segunda o prejuízo poderia ou não ocorrer, mas, se verificado, seria no importe de R$ 1.550,00.

Na verdade, ao impedir o executado provisório de impugnar o cumprimento de sentença em razão do depósito, o que a lei faz é cobrar dele o valor de dez por cento da condenação para poder questionar a execução. Há nesse caso um condicionamento abusivo ao direito constitucional de exceção. A possibilidade de exercício do direito de defesa – já limitado pelo rol do art. 511 – não pode ser restringida ao ponto de o executado ser condenado ao pagamento de uma multa caso os termos de sua defesa não prevaleçam. Pois é exatamente isso o que pretende a indigitada regra.

Aliás, a sistemática confunde e já traz algumas dúvidas, como por exemplo, saber sobre a incidência ou não da multa de dez por cento no caso em que o executado impugna o cumprimento provisório e vê reconhecido o excesso de execução. Nesse caso, apesar do excesso, a condenação por quantia certa existia e não houve o pagamento provisório. Seria possível, por acaso, o depósito do valor julgado devido a

fim de evitar a aplicação da multa? Esse depósito não importaria em renúncia ao direito de impugnar o cumprimento provisório? Esses são apenas alguns dos questionamentos que poderão surgir caso o art. 506, § 3º, seja aprovado.

O Código de Processo Civil da Alemanha permite ao executado evitar a execução provisória prestando caução, pelo valor do dano que o credor poderá vir a sofrer pelo não início da execução, ou consignando a coisa devida. Já o Código de Processo Civil da França possibilita ao executado pleitear a suspensão da execução provisória, garantindo o juízo com valor suficiente para cobrir a condenação, juros e custas, caso a sentença seja confirmada pelo tribunal. Essa alternativa é vedada, porém, quando se tratar de condenação em prestações de caráter alimentar, indenizatória ou de provisão de fundos.

Trata-se de uma forma que os ordenamentos alienígenas vislumbraram para permitir ao devedor, na qualidade de executado provisoriamente, proteger-se contra a execução enquanto aguarda o julgamento do recurso. Enquanto não transitada em julgado a sentença, a execução provisória fica suspensa. Por essa solução, o exequente fica assegurado pela caução e o executado não se submete a uma execução passível de alteração.

Por fim, chega-se ao art. 507:

> Art. 507. A caução prevista no inciso IV do art. 506 poderá ser dispensada nos casos em que:
> I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;
> II – o credor demonstrar situação de necessidade;
> III – pender agravo de admissão no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça;
> IV – a sentença houver sido proferida com base em súmula ou estiver em conformidade com acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos ou firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.
> Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Algumas das situações excepcionais enumeradas neste dispositivo eximem a prestação de caução nos casos em que esta, longe de cumprir sua função teleológica de assegurar o executado de eventuais e possíveis prejuízos que possa vir a sofrer com a

execução provisória, passa a constituir verdadeiro obstáculo à efetivação do direito reconhecido em benefício do exequente, como lembra Cássio Scarpinella Bueno[18].

É nesse dispositivo que o Projeto do Novo CPC altera substancialmente o regime da execução provisória previsto no artigo 475-O do CPC/73, com o escopo flagrante de possibilitar que por meio da execução provisória o credor alcance a satisfação do seu direito. O levantamento do depósito sem caução no CPC atual fica restrito a apenas duas hipóteses: i - crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes do valor do salário mínimo, se o credor demonstrar situação de necessidade (art. 475-O, §2º, I CPC/73); ii – quando pendente agravo de instrumento no STF e no STJ e não houver a possibilidade de causar risco de grave dano, ou de difícil ou incerta reparação ao devedor (art. 475-O, §2º, II CPC/73).

No texto do Projeto essas hipóteses são ampliadas para quatro: i – crédito de natureza alimentar; ii – comprovação de necessidade; iii – pendência de agravo no STJ e no STF; iv – se a sentença houver sido proferida com base em súmula ou estiver em conformidade com acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos ou firmados em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Quanto à hipótese do inciso I, o projeto retirou a limitação do levantamento do depósito até o máximo de 60 (sessenta) salários mínimos, assim como a exigência de comprovação da necessidade do credor em levantar o depósito. Dessa maneira, iniciada a execução provisória em uma ação que envolva crédito de natureza alimentar, o valor total da condenação poderá ser levantado, sendo equiparados os efeitos da execução provisória aos efeitos da execução definitiva.

O inciso II é o que gera mais preocupações, haja vista que qualquer crédito, seja de que natureza for, poderá ser levantado caso o credor demonstre o seu estado de necessidade.

A jurisprudência vem entendendo que a execução provisória promovida por partes beneficiadas pela assistência judiciária deve ser suspensa caso a parte não tenha condições de apresentar a caução necessária.

Realmente, a assistência judiciária só tem sentido enquanto dirigida à própria movimentação do processo, envolvendo custas e despesas processuais. Não se parece crível que a assistência judiciária possa atingir outros atos que, em verdade, não se

[18] *Execução provisória e antecipação de tutela.* São Paulo: Ed. Método, 1999. p. 389.

relacionam com o acesso à Justiça, mas, antes, ao tema da responsabilidade, que é de direito material. A circunstância de ostentar hipossuficiência econômica não exclui o credor de garantir o juízo com a caução. Aliás, exatamente nessas situações é que se demonstra imprescindível a caução como forma de garantir ao executado que será devidamente indenizado pelos danos a que foi submetido.

Como ensina Fredie Didier Jr., *"afastar a exigência de caução apenas porque não há condições financeiras do credor, seria adotar medidas assistencialistas ou paternalistas em seu favor, com dinheiro do devedor, onerando-o com risco de prejuízo irreparável."*[19].

Noutro giro, a hipótese de dispensa da caução prevista no inciso III ocorre quando o recurso excepcional interposto pela parte ao STJ ou STF não tenha sido admitido pelo tribunal *a quo*. O agravo nessa situação pretende exatamente que o RE ou REsp seja admitido e julgado pelo tribunal superior. Essa exceção de dispensa de caução – introduzida no Código de Processo Civil pela Lei nº. 11.232/05 – parte de dois pressupostos: i – quase certeza da irreversibilidade da decisão, já que o recurso extraordinário ou especial refere-se à 3ª ou 4ª instância (casos de RE contra decisão proferida em REsp) e, como se não bastasse, ainda foi enquadrado como incabível pelo relator nessas instâncias; ii – provável atitude do recorrente, também agravante, de protelação, hipótese em que se presume a má-fé da parte.

O inciso IV traz como previsão a possibilidade de levantamento do depósito quando *"a sentença houver sido proferida com base em súmula ou estiver em conformidade com acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos ou firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas"*.

A previsão desse inciso reforça a importância dos precedentes judiciais no direito pátrio e parece ser medida célere e segura. O grau de certeza da decisão proferida em conformidade com súmula, ou acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos, ou firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, é tão intenso, que não existiriam obstáculos para o levantamento do depósito sem a prestação de caução.

[19] *Curso de direito processual civil - execução*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 202.

Os riscos de o devedor reverter o resultado da demanda são quase reduzidos a zero, não se justificando a espera do trânsito em julgado da decisão para que haja o levantamento do valor devido.

Em suma, resta claro que o artigo 507 do Projeto do Novo CPC reflete a escolha do legislador de ampliar as hipóteses de levantamento do depósito sem que seja prestada caução na execução provisória, o que, nesses casos, a torna satisfativa. A própria incidência da multa do artigo 509, §1º, do Projeto, que hoje é afastada pelo STJ, também demonstra essa intenção. A execução provisória não possui mais o simples objetivo de adiantar os atos executórios, mais que isso, ela busca forçar o devedor ao pagamento.

A retirada da limitação do levantamento do depósito até sessenta salários mínimos, que consta no artigo 475-O, §2º, I, CPC/73, aliada à hipótese de levantamento de qualquer crédito com a simples comprovação da necessidade do credor, da mesma maneira, são exemplificativas desse novo tratamento dado ao instituto.

A situação preocupa apenas quando relacionada ao disposto pelo artigo 949, §1º, do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que faculta ao relator deferir o efeito suspensivo, caso entenda que foi preenchido o requisito da probabilidade de provimento do recurso.

Em grau de apelação, o autor sequer fez jus ao duplo grau de jurisdição, e ainda pode ocorrer a apreciação de matéria fática e de direito, sendo maior o índice de reforma dessas decisões do que em sede de recurso extraordinário e especial, que possuem limitações quanto às hipóteses de cabimento e que tratam exclusivamente de matéria de direito. Se reformada a decisão, em grau de apelação, diante desse caráter satisfativo da execução provisória no Projeto, o executado ficaria à mercê de sofrer uma restrição ao seu patrimônio, que poderá ser irreversível.

Fulcral que seja conferida mais segurança jurídica a esta nova execução provisória, sobretudo em segundo grau de jurisdição, quando pendente recurso de apelação. Propõe-se, neste trabalho, que, diante da importância assumida pela decisão que implica no deferimento do efeito suspensivo, esta seja proferida diretamente pelo órgão colegiado[20].

[20] Esse posicionamento decorre do princípio da colegialidade nos tribunais e o papel do relator. Segundo Henrique Guelber de Mendonça: *"É nessa mesma linha que afirmamos que julgamentos monocráticos em segunda instância ferem a isonomia. Apunhalam o preceito indeclinável de um Estado Democrático de*

Pretende-se, com essa medida de prevenção, reduzir o risco de que o voto do relator seja vencido pelo voto dos demais membros do órgão colegiado no momento da apreciação do mérito do recurso. O julgamento por órgão colegiado evitaria, por exemplo, a loteria jurídica na distribuição dos recursos. Pense-se na possibilidade de os membros do órgão defenderem posicionamentos diversos quanto a determinada matéria. Se o recurso for distribuído para um deles, que entende que a tese jurídica do recorrente é a melhor, será deferido o efeito suspensivo, já que estaria preenchido o requisito da probabilidade de êxito do recurso; inversamente, se a ação for distribuída a um magistrado que defenda a tese contrária, não será deferido o efeito suspensivo.

Não podem os jurisdicionados ficar à mercê de uma justiça lotérica, visto que o não deferimento do efeito suspensivo passará a significar o início da constrição patrimonial e, possivelmente, a satisfação do direito.

Esta solução, pelo menos em tese, evitaria qualquer problema prático relacionado a essa nova sistemática da execução provisória. O indeferimento do efeito suspensivo pelo órgão colegiado ratificaria a pouca probabilidade de êxito do recurso de apelação no momento de apreciação do seu mérito e tornaria mais seguro esse caráter de satisfação plena que caracteriza a nova disciplina normativa da execução provisória.

Dentro de uma análise de valorização dos princípios na interpretação das regras estabelecidas pelo legislador, utilizando como parâmetro o princípio da efetividade, que busca equilibrar celeridade e segurança jurídica, exige-se que alguma medida seja conferida para que o poder do juiz de permitir o levantamento do crédito sem caução, ampliado pela nova sistemática da execução provisória no Projeto, sofra alguma limitação.

4. Considerações finais

Direito que reza a obrigatoriedade de tratar de forma igual aqueles que se encontram em situações inegavelmente semelhantes. A força dos tribunais é a colegialidade, impregnada por uma diversidade quantitativa e qualitativa de pessoas que, por intermédio do debate, acordam. A partir do instante em que se julgar um recurso ou uma liminar nele pleiteada, definitivamente, sem possibilidade de se submeter o decidido ao órgão colegiado, imediatamente, estar-se-á incorrendo em quebra da isonomia, uma vez que a forma de acesso dos desembargadores aos tribunais não é comum para todos os membros, assim como não é comum a formação jurídica de cada um deles, pelo que a profusão de decisões distintas traria sérios impactos à segurança jurídica" (*O princípio da colegialidade e o papel do relator no Processo Civil brasileiro*. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. I. p. 210. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em 12/04/11).

O objetivo desse trabalho foi identificar as modificações que o Projeto do Novo Código de Processo Civil pretende introduzir no ordenamento pátrio relacionadas ao instituto da execução provisória.

A elaboração de um Novo Código Processual Cível, no curso de um regime democrático, vem se revelando uma oportunidade única para a sociedade e estudiosos do Direito debaterem sobre os mais variados temas relacionados ao Direito Processual Civil.

Evidentemente, o Projeto encontra-se dentro de um contexto jurídico *neoconstitucional* em que há a valorização dos princípios processuais constitucionais, bem como a busca pela efetividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Desse modo, a nova execução provisória deve ser interpretada sob esses dois aspectos: i – respeito às garantias processuais constitucionais, que servem para a contenção dos poderes do juiz, substancialmente dilatados pelo Código; ii – eficiência da decisão, que deve permitir que o bem da vida seja entregue a tempo ao seu titular de direito.

Como explicado ao longo do texto, uma série de erros terminológicos foram reproduzidos no Projeto e outros assuntos polêmicos foram introduzidos. Contudo, a intenção do legislador de intensificar a proteção do credor e permitir que a execução se torne satisfativa do crédito em um número maior de hipóteses, reflete escolha inteligente e que pode servir para que os direitos subjetivos sejam efetivados a tempo de serem exercidos pelos seus titulares, além de desestimular o uso de recursos com caráter meramente protelatórios.

A utilização do princípio da colegialidade serve unicamente ao escopo da segurança jurídica e para o fim de que o duplo grau de jurisdição possa ser exercido com a redução do risco da irreversibilidade da execução provisória. O Poder Judiciário possui como melhor mecanismo de controle a sua auto-contenção e esta só poderá ser implementada com a estrita observância das garantias processuais constitucionais.

5. Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'*, *in* Revista Eletrônica de Direito do Estado, n° 17, 2009.

BEDAQUE, Carlos Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo,2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL, Decreto-Lei nº. 1.608, de 18 de set. de 1939. Código de Processo Civil. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, 18 de set. 1939.

BRASIL, Lei nº. 5.869, de 11 de jan. de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 de jan. de 1973.

BRASIL, Lei nº. 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 8 de maio de 2002.

BRASIL, Lei nº. 11.232, de 22 de dez. de 2005. Altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 23 de dez. de 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 940274/MS, publicado em 31/05/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1126748/PR, publicado em 31/05/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil - execução.* v. 5. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIANNICO, Maricí. Execução provisória *In* Mirna Cianci; Rita Quartieri (Org.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 487-513.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC* – críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Execução*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no Processo Civil brasileiro*. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. I. pp. 208-225. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em 12/04/11.

MOREIRA, Alberto Caminã; NEVES, Daniel A. Assumpção; LASPRO, Oreste Nestor de Souza; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SHIMURA, Sérgio. *Nova Reforma Processual Civil: comentada*. 2 ed. rev. e al.São Paulo: Método, 2003.

NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Arruda. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERSPECTIVAS DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM FACE DO SUBSTITUTIVO DO SENADOR VALTER PEREIRA AO PROJETO DE LEI NO SENADO N. 166, DE 2010.

Luiz Marcelo Cabral Tavares

Mestrando em Direito Processual pela UERJ. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

Resumo: As considerações a seguir objetivam incentivar o debate acerca do instituto da flexibilização procedimental e da probabilidade de sua plena inserção na experiência brasileira em face das alterações ao Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil submetidas ao Senado pelo Substitutivo do Senador Valter Pereira. A flexibilização procedimental possui congêneres em outros países e dados de pesquisa, inclusive no Brasil, capazes de propiciar melhor destinação do instituto.

Abstract: The following considerations aim to encourage debate about the institution of procedural flexibility and the likelihood of being fully integrated into the Brazilian experience in the face of changes to the Draft of the New Code of Civil Procedure subject to Senate Substitute by Senator Valter Pereira. The procedural flexibility has counterparts in other countries and research data, including Brazil, capable of providing better disposal of the institute.

Palavras-chave: flexibilização, procedimento, alterações, experiência brasileira, Novo Código de Processo Civil.

Keywords: flexibility, procedure, changes, Brazilian experience, New Code of Civil Procedure.

Sumário: *1. Introdução. 2. Segurança jurídica: possibilidade de mudança de paradigma. 3. Ativismo judicial: realidade que exige conhecimento para destinação adequada de suas potencialidades. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.*

Introdução

Por ocasião de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual e sob a oportuna orientação do Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, passei a estudar o tema da flexibilização procedimental[1].

O tema é prolífico na medida em que remete os pesquisadores às experiências inglesa, americana e portuguesa, para citar as mais difundidas, e, aqui mesmo, no Brasil, às ponderações de Fernando da Fonseca Gajardoni. Além, dada sua inserção no universo do acesso à justiça, suas curiosidades e seu caráter multidisciplinar, entreviu-se excelente oportunidade de pesquisa e aprendizado.

Por tudo isso, senti-me motivado a estudar o assunto, mormente agora quando acabo de ter o privilégio de ter sido selecionado para a pós-graduação *stricto sensu*, nível mestrado, da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, observa-se que estudiosos e profissionais da área demonstram perplexidade acerca do sucesso e aceitação da implementação da flexibilização procedimental no ordenamento jurídico pátrio. Essa incerteza se confirmou com a modificação do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil da Comissão de Juristas pelo Substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010.

Naturalmente, qualquer mudança provoca hesitação e, no caso do Brasil, de tradição romano-germânica, o apego ao direito escrito faz com que a resistência às modificações recrudesça.

Não se pode negar que o receio de certos desvios é fundado, mas, em se tratando da criatura humana, o imponderável é premissa inafastável, tal como reconheceu o economista americano Paul Milgrom[2]. Por isso, essa imprevisibilidade humana, por demais conhecida, deveria ser serva e não senhora do aperfeiçoamento de qualquer engenho que pudesse reverter em favor da coletividade.

[1] Tomando o procedimento como a sequência dos atos praticados no processo, a combinação lógica e cronológica entre eles e sua relação, bem como a disciplina para concretização dos institutos previstos nas normas processuais, ter-se-á como flexibilização do procedimento tornar maleáveis as normas que regem esse último, ou seja, suavizar a rigidez da sequência dos atos, sua relação e os institutos previstos nas normas processuais segundo as exigências do direito material.
[2] GASPAR, Malu. Entrevista Paul Milgrom. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, edição 2198, ano 44, n. 1, 05 jan. 2011.

Os argumentos mais utilizados pelos críticos do instituto da flexibilização procedimental, notadamente como disposto no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil da Comissão de Juristas, são a (in)segurança jurídica e, acredito, o ativismo judicial.

Nada obstante, tanto a insegurança jurídica quanto o ativismo judicial já foram considerados pelos estudiosos e podem ser contornados, questões que serão abordadas no presente estudo.

Outrossim, a partir do momento em que todas as funções estatais estiverem operando satisfatoriamente, talvez possamos ir nos libertando, pouco a pouco, da hipertrofia de umas em detrimento da atrofia de outras.

Há bons exemplos na experiência alienígena, povos sobre os quais a História atesta a aquisição de valores pelas mais diversas lutas, que tiveram firmeza para tentar e que colheram frutos, ao menos, como aprendizado na busca pelo aperfeiçoamento.

Nesse contexto, a ideia é, mais uma vez, trazer à baila o debate sobre o instituto da flexibilização procedimental, principalmente agora, quando uma nova ideologia surge com o prelúdio de um novo processo civil.

2. Segurança jurídica: possibilidade de mudança de paradigma

Pela separação de poderes, *rectius* separação de funções, compete ao Poder Legislativo, prevalentemente, emitir comandos gerais e abstratos que regularão os diversos segmentos da vida em sociedade, havendo, no caso do Brasil, no âmbito da Constituição da República, atribuições de competências privativa e concorrente para legislar sobre determinadas matérias.

Nesse contexto, parece estreme de dúvidas que o legislador constituinte quis e estabeleceu competir privativamente à União legislar sobre direito processual, a teor do artigo 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a ela, União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, nos termos do artigo 24, XI, do mesmo diploma, cabendo à primeira, nessa hipótese, limitar-se ao estabelecimento de normas gerais.

Como se está a tratar do tema da segurança jurídica, no que concerne à concepção de segurança, ou seja, a previsibilidade, a certeza quanto ao futuro, esperava-

se que se desse cumprimento ao que preconizado pela Constituição da República quanto à legislação sobre processo e procedimento.

A conhecida e controversa diferença entre processo e procedimento dá ensejo a consequências diversas, que, no entanto, já foram estudadas pelos pesquisadores, inclusive, no âmbito da flexibilização procedimental, ponto que será visto, contextualizadamente, mais à frente.

O que se busca, por ora, é achar respostas para essa distinção estabelecida já no texto constitucional, que passa despercebida ou que já não se quer ver. Não é crível que o objetivo fosse tomar o processo pelo procedimento e vice-versa, sendo consabido que não há palavras inúteis na lei, mormente num texto constitucional e em relação a competências legislativas, questão que se insere no pacto federativo.

A indagação acaba chegando ao capítulo da força normativa da constituição e não parece haver maiores dissensões quanto à essência de referido princípio.

> Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa *(norma normarum)* quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior *(superlegalidade material)* que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais.[3]

Fernando da Fonseca Gajardoni (2008) já se ocupou à exaustão do tema e advertiu, na ocasião, sobre a necessidade de adequação das normas procedimentais às realidades locais, no exercício da competência suplementar dos Estados. Ademais, é sabido não ser possível prever, de forma geral e abstrata, todas as crises de direito material que surgirão no seio da sociedade, o que, aliás, também fora mencionado pelo autor citado, dentre outros, como razão para a flexibilização procedimental, vislumbrando-se, assim, mais um fundamento para referida variação ritual.

A despeito desses desdobramentos, tem-se notícia que fracassou o Projeto de Lei n º 3588, de 31 de outubro de 1989, de autoria do Deputado Manoel Moreira, que tinha por objetivo “adaptar as normas de direito processual ao disposto no art. 24, XI, da

[3] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 890.

Constituição Federal" [4], tendo ficado consignado, por outro lado, nas razões de veto, a autoaplicabilidade do mencionado artigo 24, XI.

Em algumas oportunidades, julgados do Supremo Tribunal Federal, apesar de diferençarem normais processuais e procedimentais, revelaram a tendência centralizadora da União, a ponto de Celso Ribeiro Bastos afirmar que, quanto à competência concorrente, "será quase impossível os Estados legislarem originariamente sobre qualquer assunto" [5].

Outrossim, os Estados não se insurgem mais incisivamente quanto a essa postura da União. Vale comentar que, com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, normas não gerais de procedimento em matéria processual inseridas pelas reformas legislativas no Código de Processo Civil em vigor e emanadas da União padecem de inconstitucionalidade, como destacado por Fernando da Fonseca Gajardoni (2008), advertência que, por óbvio, serve para o Código de Processo Civil que vier a ser aprovado.

Com o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil da Comissão de Juristas, a esperança acerca do tema da flexibilização procedimental se renovou, até porque "há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil" [6].

Entretanto, como mencionado, ouvidos os interessados de diversos segmentos da sociedade em audiências públicas, medida salutar, ressalte-se, o anseio pelo estudo da flexibilização procedimental, ao menos de minha parte, transformou-se em início de frustração com o Substitutivo do Senador Valter Pereira.

Observando de forma despretensiosa, não se exige maior esforço para perceber que casos concretos, realidades locais exigem e exigirão soluções setorizadas, o que não afastaria, *a priori*, a segurança jurídica, mormente porque o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil se preocupou em "sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, revelando a feição neoconstitucional do trabalho"[7] e adotando a teoria do direito processual constitucional.

---

[4] Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=214120. Acesso em: 10 jan. 2011.
[5] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.171.
[6] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Volume VI. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em: 10 jan. 2011.
[7] Idem, ibidem.

Nesse contexto e, aliás, como constou do Anteprojeto e consta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não se poderia prescindir do contraditório para que se implementasse a variação ritual.

Fernando da Fonseca Gajardoni (2008) estabeleceu que para que se justificasse a flexibilização procedimental deveriam estar presentes a finalidade da medida, fosse pela hipossuficiência de uma das partes, fosse pela falta de tutela adequada, a motivação e o contraditório.

A finalidade e a motivação devem estar presentes, irremediavelmente, no exercício da função jurisdicional, não se vislumbrando caráter de especificidade nos dois requisitos, senão na generalidade da função judicante.

De outro lado, o contraditório como apanágio da dignidade humana há que ser hábil para influir na decisão jurisdicional e, até mesmo, para a formação do procedimento.

Vale transcrever trecho da obra de Luiz Guilherme Marinoni[8]:

> (...) Antes de partir para o encontro da técnica processual adequada, o juiz deve demonstrar as necessidades do direito material, indicando como as encontrou no caso concreto. De maneira que a argumentação relativa à técnica processual se desenvolve sobre um discurso de direito material já justificado. (...)
> (...) O discurso de direito processual, ou seja, o que elege a técnica processual adequada em razão da exigência de uma norma aberta ou o que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista em lei, não representa qualquer ameaça à segurança jurídica, na medida que parte de um discurso que se apóia nos fatos e no direito material . O discurso processual objetiva atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material, e não pode esquecer que a técnica processual eleita deve ser a mais suave, ou seja, a que, tutelando o direito, cause a menor restrição possível ao réu.
> A justificação, obedecendo a esses critérios, dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional. A diferença é a de que, em tais situações, o controle da atividade do juiz é muito mais complexo e sofisticado do que aquele que ocorria com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos na lei. Mas essa mudança na forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de se dar maior poder ao juiz – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito, que submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais. (grifos nossos)

Luiz Guilherme Marinoni traz luz, claridade, fazendo compreender que não há risco para a segurança jurídica, senão exigência de uma fundamentação analítica[9] de par

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 133

com a teoria do direito processual constitucional. Na obra do autor, há outras menções que revelam a necessidade de adequação do procedimento ao caso concreto e da não afetação da segurança jurídica, senão da necessária busca por uma fundamentação justa e da viabilização de uma tutela efetiva, oportuna e adequada.

Não se podem fechar os olhos para a retração da atividade legislativa e os seguidos abalos da credibilidade do Parlamento, fatores que acabam por fomentar o ativismo judicial.

O crescimento das crises de direito material, que se particularizam e surgem em cada canto desse imenso país, fica à mercê de soluções, sendo conhecidos os inconvenientes do processo legislativo, notadamente o temporal.

Apesar de tudo isso, a pecha da insegurança jurídica não pode recair sobre a flexibilização procedimental, servir como panaceia, até porque, o que se preconiza é que a variação ritual só se verifique após ampla e irrestrita participação das partes em pleno contraditório. Ademais, a decisão que determinasse a variação se submeteria, ainda que de modo diferido, a recurso.

Não se está a fazer apologia de irrefreável e irresponsável flexibilização, mesmo porque o exercício da função jurisdicional deve observar, ainda, a baliza da motivação (com o Novo Código, fundamentação analítica) e o impostergável contraditório.

Entretanto, não se pode mais transigir com o formalismo estéril e incapaz de resolver a contento as várias crises de direito material que se apresentam.

A autorização, ou melhor, a determinação para que se legisle sobre procedimento em matéria processual já se encontra no artigo 24, XI da Constituição da República de 1988, que, ademais, foi tido por autoplicável.

Os artigos 107, V e 151, § 1.º, nas versões originais, do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, dispuseram de forma mais genérica sobre o assunto, atendendo o disposto no artigo 24, §1.º, da Constituição da República de 1988.

O que se quer é justamente a mudança de paradigma em relação à segurança jurídica, em particular, quanto à flexibilização procedimental.

Essa mudança de paradigma, aliás, estaria de acordo com uma nova ideologia que se inaugura com o advento de um Novo Código de Processo Civil.

[9] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Volume VI. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em: 10 jan. 2011.

Além de o juiz ter que submeter às balizas impostas pela Constituição da República, não poderia deixar de observar os limites estabelecidos na própria legislação processual.

Fernando da Fonseca Gajardoni (2008), de quem se tem notícia de primeiro ter se debruçado agudamente sobre o assunto, menciona o contraditório a que deve se sujeitar eventual variação ritual e, além, as vias recursais. Ademais, não se pode prescindir da finalidade inerente à função jurisdicional e da fundamentação analítica exigida num cenário de direito processual constitucional.

A propósito, dispõe o artigo 9.º do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil[10]:

> Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

O enfoque político desse dispositivo "assegura às partes a participação na formação do provimento jurisdicional, ou seja, é a possibilidade que o jurisdicionado possui de influir nas decisões que irão repercutir em sua vida" [11].

Também vale destacar o artigo 10 do Anteprojeto, que determina:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

O que se extrai do dispositivo é que não se pode prescindir da manifestação das partes para que se tome qualquer decisão, ainda que se trate daquelas matérias cognoscíveis de ofício.

Por mais que se esforce, não é fácil imaginar o processo sendo conduzido com absoluto descaso por essas máximas.

É por essas razões que não se vislumbra na flexibilização procedimental, de modo peremptório, prejuízo para a segurança jurídica, mostrando-se válida maior reflexão acerca do tema para que não se relegue ao ocaso o instituto.

---

[10] Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 10 jan. 2011.

[11] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Volume VI. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em: 10 jan. 2011.

É possível uma mudança de paradigma, que, aliás, coaduna-se com uma nova ideologia, com um novo processo civil de feição constitucional.

Com base nessas mesmas reflexões, poder-se-á, igualmente, olhar para o ativismo judicial com outros olhos, o que tentaremos incentivar no capítulo seguinte**.**

3. Ativismo judicial: realidade que exige conhecimento para destinação adequada de suas potencialidades

A criatura humana, de modo geral, tende a se recusar a debater ou encarar questões que, inicialmente, fogem do trivial, do tradicional, insistindo em alimentar preconceitos, em fortalecer ideias preconcebidas, fatores que engessam projetos e obstaculizam o progresso.

O ativismo judicial da forma que está chegando a nós, hoje, de certo modo, sai do lugar comum a que nos acostumamos no âmbito da experiência jurisdicional e se revela como algo pouco ou nada usual, pelo menos, sob a perspectiva tradicional. Não se nega que isso causa certa perplexidade. Entretanto, esse mesmo ativismo, queiramos ou não, é uma realidade que, cada vez mais, estabelece-se no Brasil e no exterior.

Tudo isso é decorrência da complexidade (hipercomplexidade) da sociedade, o que acaba por exigir uma postura mais ativa (ou proativa) dos poderes constituídos e governantes. E há que se ter em mente que se trata de um processo que não retrotrairá, senão, acelerar-se-á, bastando que observemos os acontecimentos recentes.

As mobilizações populares em busca da (re)democratização caminham a passos largos, o que é bom, políticas públicas são normatizadas e, portanto, passam a ser objeto do direito, o acesso a ele, ao direito, amplia-se e, em sequência, surgem as exigências sociais. Esses fenômenos também têm proporcionado às pessoas mais conhecimento de questões relevantes que a elas interessam, como seus direitos. As condições sócio-econômicas, a despeito de ainda precárias em vários cantos do país e do mundo, têm melhorado e, por óbvio, tudo isso tem desdobramentos.

A partir do momento que os reclamos sociais não reverberarem na esfera de poder que deles deveria se ocupar, outra função, necessariamente, será requisitada. Trata-se da busca de alternativas, tão natural quanto, hoje, previsível.

Veja-se que a Constituição da República Federativa do Brasil[12] estabeleceu, em seu artigo 196, que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". A Lei 8080, de 19 de setembro de 1990[13], veio a reboque do mandamento constitucional e afirmou que o dever do Estado antes mencionado consiste também na execução daquelas políticas sociais e econômicas, repise-se, EXECUÇÃO.

Ao dissecarmos os dispositivos, destacamos palavras cujo sentido é inequívoco, quais sejam direito GARANTIDO e EXECUÇÃO de políticas sociais e econômicas.

Foi proposital o realce conferido à questão da saúde - mais particularmente dos medicamentos – pois que é onde se observa, como já pontuado por autores de renome, intenso ativismo judicial e onde podemos separar alguns aspectos positivos e negativos da medida. Vejamos, então.

Em nossa atividade, já tivemos oportunidade de postular em demandas onde era requerido o fornecimento de medicamento. Os demandantes lastreados em orientações médicas, muitas vezes particulares, pleiteavam medicamentos vários para tratamento de toda sorte de doenças. Em dado momento passado, as decisões judiciais eram cumpridas quase que mecanicamente para fazer face ao crescimento da demanda e à difusão da notícia, que provocou o incremento das ações judiciais. Com o passar do tempo, as pessoas federativas passaram a se estruturar, ainda que de modo incipiente, para enfrentar o crescimento das demandas judiciais. A partir de então, atos administrativos normativos relativos ao fornecimento de medicamentos surgiram, orientações e notas técnicas emitidas pelos órgãos da saúde começaram a aparelhar a defesa das entidades federativas e, ainda que minimamente, decisões judiciais passaram a ponderar acerca de tal ou qual medicamento deveria ser fornecido. Por vezes, até se verificou não ser da alçada de determinado ente o fornecimento de um medicamento.

[12] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.
[13] Disponível em: http://www.planato.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.

O simples histórico acima traz algumas constatações: a política de saúde foi normatizada no dispositivo constitucional e na lei citados; o Poder Legislativo, até certo ponto, cumpriu com sua função precípua e dispôs sobre o mandamento constitucional; no entanto, a exigência não foi concretizada, ou seja, trazida para a prática, a fiscalização pelos outros poderes e órgãos não se operou de maneira eficaz e a sociedade, quando necessitou, não obteve as medidas de saúde que a ela foi conferida; buscou-se a interferência do Poder Judiciário que, mediante provocação, passou a decidir as questões nos limites em que foram requeridas.

Não se vislumbra, à primeira vista, qualquer anomalia no evolver dos fatos. A despeito, é preciso examiná-los, pontualmente, e, com mais acuidade, o que aqui nos interessa: o ativismo judicial.

Como já mencionado, a partir do momento que uma matéria é trazida para o texto constitucional, sai do plano das ideias, do discurso político, para se transformar em direito, em pretensão jurídica, o que afirmamos com base em autorizado magistério doutrinário[14].

> Na medida em que uma questão – seja um direito individual, seja uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

É sabido que estamos falando, agora, da judicialização, mas o tema é afim ao ativismo judicial e as causas, da mesma forma, são comuns.

Nesse contexto, a redemocratização e a abrangência do texto constitucional com a normatização de vários temas, que ocupavam o debate ideológico, deram azo, em paralelo, à intervenção do Poder Judiciário em questões que, antes, eram essencialmente políticas. E sob essa nova perspectiva, a do Judiciário, passou-se a conferir uma interpretação diferente da que se fazia, buscando-se conferir efetividade aos comandos normativos ou uma interpretação proativa, para usarmos a linguagem, agora, do ativismo judicial. É intuitivo que essas variantes, haja vista estarmos tratando de

[14] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Seleçao.pdf. Acesso em: 21 fev. 2011.

questões constitucionais, também se relacionam com a postura da Suprema Corte Brasileira no controle de constitucionalidade, outro catalisador do ativismo judicial.

Vale ressaltar que o ativismo judicial já se verificou, anteriormente, na jurisprudência norte-americana e, conforme leciona Luís Roberto Barroso, "procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo de criação livre do Direito"[15].

Não se ignora, o que já se percebeu e se falou, que fenômenos como o ora tratado decorrem, dentre outras causas, da atrofia dos outros poderes e/ou órgãos, aspecto que, nesse contexto, requer atenção.

Por outro lado, o Poder Judiciário está atuando a partir do momento em que é acionado, fazendo valer o princípio da inércia da jurisdição. Além, essa interferência, como mencionamos no exemplo dos medicamentos, acaba provocando, obliquamente, uma estruturação dos demais poderes para fazer frente às demandas, o que, esperamos, culminará com a irreversível mudança de postura daqueles que devem executar as políticas públicas. A título de exemplo, insta destacar a mobilização parlamentar para a esperada reforma política, fato que motivou a vinda a público do Presidente da Comissão, que é Ministro do Supremo Tribunal Federal, para se manifestar no sentido de que referida reforma "poderá solucionar o problema da judicialização da política" [16].

Quanto à contenção dos excessos do ativismo, que são passíveis de acontecer, já se entrevê, por exemplo, quanto aos medicamentos, uma mudança de posicionamento, pois, ainda que lentamente, já são consideradas notas técnicas, repartição de responsabilidades dos integrantes do SUS, pareceres de peritos, etc. E é justamente nesse ponto que há que se ter disposição e coragem para, de uma vez por todas, superar as anomalias. Luís Roberto Barroso, uma vez mais, já sinalizou com as diretrizes para referida superação, quando tratou da capacidade institucional do Poder Judiciário e dos efeitos sistêmicos da questão a ser decidida, o que veremos um pouco mais à frente. Em reforço a esse ponto, é imperioso observar que o contraditório, a ampla participação das partes, é aliado poderoso para as medidas de contenção.

Como exemplo de acomodação, de adequação, pode-se citar o caso do chamado processo eletrônico ou, tecnicamente, a informatização do processo judicial trazida pela

[15] Idem, ibidem.
[16] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=172613&tip=UN. Acesso em: 23 fev. 2011.

Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006[17]. Muito se falou a respeito da medida, inclusive quanto à mesma segurança jurídica e quanto à proteção da intimidade. O que se tem de concreto é que os segmentos competentes, dentre os quais os atuantes na informática e segurança da informação, foram trocando experiências, ideias, e o processo eletrônico vem se consolidando. Os ajustes ainda estão sendo feitos e precisam sê-los, mas a determinação para implantar a ferramenta possibilitou um progresso que ainda não foi mensurado. Se ficássemos presos ao atavismo, perderíamos o "bonde da História".

Como se diz, informalmente, que o ser humano tem a triste mania de "olhar para o próprio umbigo", com efeito, pensamos, todos, que somos o centro do universo e que a perplexidade em torno do ativismo judicial é preocupação somente nossa. Oxalá, a Filosofia, o raciocínio quântico, o conhecimento metafísico, enfim, uma observação menos predisposta, mais aberta, possa mostrar (e tem mostrado) que outros povos, aparentemente mais preparados, deparam-se com problemas, não iguais, porém muito semelhantes. Talvez o momento de transição pelo qual passamos possa nos permitir olhar com menos melindre para esses exemplos.

Imbuídos desse espírito, dispusemo-nos a consultar artigo acadêmico[18] de Judith Resnik, Professora da Universidade do Sul da Califórnia, intitulado *Managerial Judges*, onde foram encontradas preciosas lições para o escopo do presente trabalho.

A propósito de referido artigo, o programa de gerenciamento do processo norte-americano denominado *judicial case management*, que se serviu da observação dos casos na Medicina, onde a terapêutica se baseava na doença e nas condições do paciente, foi retratado na obra de Fernando da Fonseca Gajardoni (2008).

Judith Resnik asseverou, na ocasião da pesquisa, que pouco antes, o ordenamento jurídico americano adotava uma visão clássica da função judicial, onde o afastamento das partes e da controvérsia aparentava propiciar justeza e imparcialidade no momento de decidir. O símbolo da Deusa Têmis dava suporte a essa visão.

Entretanto, os juízes federais abandonaram aquela passividade para adotar uma postura gerencial, o que não passou despercebido da análise crítica, notadamente no que tange à legitimidade das medidas adotadas, como, por exemplo, a reforma de prisões

[17] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.
[18] RESNIK, Judith. *Managerial Judges.* The Harvard Law Review Association. LEXSEE 96 HARV. L. REV. 376. December, 1982.

para conferir melhores condições de habitabilidade para os internos. É interessante notar, como é consabido, que o ativismo, hoje, também já se verifica no sistema denominado *Common Law* e que os Estados Unidos da América são exemplo típico de referido sistema. Diz-se hoje porque atualmente os ordenamentos adversariais e inquisitoriais se aproveitam, reciprocamente, de suas experiências. A propósito, leciona Fernando da Fonseca Gajardoni sobre o *adversarial system*[19]:

> No modelo clássico, simétrico e persuasivo da *common law*, dito adversarial, o procedimento está caracterizado pelo desenvolvimento do diálogo entre as partes e pela passividade do juiz diante da investigação da verdade e da disciplina do procedimento. Este modelo, dito isonômico, põe as partes em pé de igualdade, cabendo ao juiz papel de expectador dos debates e fiscalizador das regras do jogo (inclusive quanto às relativas ao procedimento), sendo-lhe, na origem, vedado intervir na inexistência de discordância de um dos litigantes quanto ao comportamento do outro, pois que o direito processual nestes sistemas é disponível como regra.

O objeto de nossa pesquisa não chega a tanto, apesar de a hipótese ser igualmente importante e, na essência, similar. Essa questão, em específico, o da reforma de prisões, passaria por uma série de outras considerações, que fogem do propósito do presente estudo. Nada obstante e para o que nos interessa, o evolver do procedimento, as resoluções, as determinações nos casos hipotéticos são de grande valia para o nosso trabalho. E o interesse se justifica, exatamente, pela aproximação em relação às partes, algo que não se imaginaria num modelo adversarial.

No gerenciamento[20], os juízes conhecem dos casos com mais rapidez, negociam com as partes as fases do procedimento e evitam, ao menos de momento, o recurso. Não se quer dizer, portanto, que se suprime definitivamente a pretensão recursal, notadamente por se tratar de uma garantia individual, mas, a nosso sentir, o gerenciamento ameniza, por ora, a insatisfação de parte a parte, o que repercute naquela pretensão. Ademais, no gerenciamento, a intervenção do juiz se verifica, informalmente, nas fases pré e pós-julgamento, a despeito de já se observar algum ativismo ao longo do procedimento propriamente dito.

---

[19] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 110.

[20] *As managers, judges learn more about cases much earlier than they did in the past. They negotiate with parties about the course, timing, and scope of both pretrial and posttrial litigation. These managerial responsibilities give judges great power. Yet the restraints that formerly circumscribed judicial authority are conspicuously absent. Managerial judges frequently work beyond the public view, off the record, with no obligation to provide written, reasoned opinions, and out of reach of appellate review.*

Ao que parece, essas medidas resultam em celeridade sem descurar da segurança, mesmo porque as partes são amplamente ouvidas e participam da formação do procedimento e, o mais importante, da viabilização das soluções. Nesse contexto, as expectativas e as frustrações arrefecem.

Judith Resnik se serviu de dois casos hipotéticos, sendo um deles relativo à melhoria das condições de instituições destinadas a internos penais e o outro referente à responsabilidade civil por fato do produto.

Os casos revelaram contratempos e nem todas as determinações judiciais foram implementadas pronta e integralmente, mas se constatou um envolvimento maior do juiz, no primeiro caso, algo que contrastava com a postura anterior, e foi possível traçar um planejamento ao longo do procedimento, inclusive com base nas deficiências.

Parece pouco, porém, percebeu-se como uma postura passiva provocava o distanciamento da verdade dos fatos e de questões prementes da sociedade, o que, por certo, interferia negativamente na decisão. Tendo havido substituição da esfera de poder que se ocupou do problema, ora submetido ao Judiciário, concluiu-se que as mesmas deficiências aconteciam antes, ou seja, as políticas públicas não eram concretizadas adequadamente. Com isso, deduziu-se que situações dessa magnitude não podiam ficar ao alvedrio do juiz sozinho, isolado, mas ser objeto de um debate com todos os envolvidos e interessados.

É importante que se atente, nesse contexto, para o fato de que o distanciamento entre a função executiva e a sociedade e o descrédito do parlamento, no caso do Brasil, acabaram por fomentar o ativismo judicial. Nesse diapasão, afirmou Luís Roberto Barroso: “Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Sem ignorar que há deficiências e excessos a serem corrigidos, será que o Poder Judiciário, como última trincheira, seguirá a mesma sorte dos outros poderes? A conclusão do artigo de Judith Resnik, por mais que questione técnica e construtivamente o modelo gerencial, convoca-nos à reflexão[21], sem que se olvide que aquele ordenamento se filia ao sistema adversarial.

[21] *I fear that, as it moves closer to administration, adjucation may be in danger of ceasing to be.*

Muitos dirão que soluções importadas não se adaptam ao Brasil, o que é uma advertência, em parte, válida, mas podemos tirar lições de sistemas tradicionais que se pautaram na busca pelo aperfeiçoamento.

Em reforço, tem-se que a imbricação dos sistemas adversarial e inquisitorial se dá a olhos vistos, o que levou Fernando da Fonseca Gajardoni[22] a afirmar que: "(...) há uma tendência universal de aproximação entre os sistemas adversariais e inquisitoriais, a ponto de podermos prever que em um futuro não muito distante as diferenças substanciais entre estes dois sistemas só restarão como reminiscência histórica".

Modelos tradicionais, como o norte-americano, superaram suas experiências anteriores, enfrentaram críticas e prosseguiram. Quando pouco, como visto no artigo *Managerial Judges* de Judith Resnik, constataram que se não houver (houvesse) uma mudança de mentalidade, problemas que acometeram outras funções estatais poderão (poderiam), da mesma forma, atingir a função jurisdicional.

O modelo inglês, enquanto submetido aos cânones do sistema adversarial, viu-se diante de uma lentidão patológica [23], problema que começou a ser superado com uma posição ativa do magistrado na condução do processo trazida com o *active case management*, criação das *Civil Procedure Rules* (CPR) e semelhante ao *case management* americano. As reformas inglesas se revelaram exitosas, conforme fontes do governo daquele país, notadamente no aspecto da celeridade.

As reformas processuais portuguesas, por exigência do bloco continental europeu, também privilegiaram o fundo sobre a forma com maior intervenção do juiz compensada pelo princípio da cooperação, aproximando o sistema português do regime da *common law*, pelo menos, em alguns pontos. Vale destacar, na experiência portuguesa, o princípio mencionado, que preconiza a cooperação entre juízes e mandatários, a citar como exemplo a regra da marcação de diligências e audiências, e o princípio da adequação formal que dispõe que "quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajuste ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações" [24].

[22] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. op. cit. p. 112.
[23] Idem, p. 113.
[24] Disponível em: http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/CodigoProcessoCivil.pdf. Acesso em: 10 jan. 2011.

Em Portugal, o princípio da adequação formal provocou, da mesma forma que a flexibilização procedimental vem provocando no Brasil, reação da doutrina, tendo se vislumbrado ameaça às garantias dos jurisdicionados. Só que há uma significativa diferença: lá o princípio da adequação formal foi efetivamente inscrito na legislação processual portuguesa pela reforma legislativa, ou seja, eles já vivem a situação e buscam os ajustes necessários. Naquele país, segundo a doutrina[25], algumas hipóteses deveriam ser excluídas do espectro de abrangência do princípio da adequação formal. Ao observarmos essas hipóteses de exclusão, constatamos que se cogita de situações em que o ordenamento jurídico já prevê o ato processual em si, os procedimentos (alternativos ou especiais) ou envolve questões atinentes à competência do juízo. Abstraindo sobre quem teria iniciativa para legislar sobre os assuntos naquele país, não se vislumbra, de modo definitivo, risco para as garantias dos jurisdicionados a partir do princípio da adequação formal português, o que vale para a proposta de flexibilização procedimental brasileira, pelo singelo argumento de que a lei já dispõe sobre as hipóteses aventadas. Ou seja, se a lei já prevê, não haveria porque invocar o princípio em tela para a concessão de determinada tutela jurisdicional.

Além do mais, no Brasil - e agora há que se pensar sobre a iniciativa no processo legislativo - a competência, por exemplo, insere-se na gênese da relação processual e deve ser tratada, nesse contexto, por lei de iniciativa privativa da União, pois que se está a cuidar de direito processual. De outro lado, como dito, se a lei de iniciativa da União se referir a procedimento em matéria processual e não for de caráter geral, há que se ter coragem para apontar sua inconstitucionalidade, nos exatos termos do artigo 24, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por óbvio, a prática de abusos não deve ser, em absoluto, tolerada e é aqui que reside o temor. O ativismo em si já é uma realidade que, apesar das críticas, possui virtudes. Não se pode atacar a consequência pela causa. Se o abuso judicial existe, ele existirá com ou sem ativismo e se esse último for desdobramento do primeiro, já não se estará tratando mais de ativismo e sim de desvio ou até mesmo de ilícito.

Uma postura mais consentânea com a harmonia que deve permear as relações político-institucionais talvez seja a chave para o Poder Judiciário compreender que

[25] BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUZA, Miguel Teixeira (Coord.). *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997 apud GARJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit. p. 127.

"temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico" [26].

A despeito de o pronunciamento definitivo sobre a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais estar na alçada do Poder Judiciário, seria de bom alvitre prestigiar as posições do Executivo, do Legislativo e até mesmo de outros segmentos da sociedade.

É recomendável, ainda, ponderar eventuais efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados[27], pois nem sempre o juiz está de posse de informações que lhe permitam vislumbrar a irradiação desses efeitos no aspecto macro, sendo capaz de fazê-lo no caso concreto.

No caso da flexibilização procedimental, deverá o juiz buscar sempre a finalidade de interesse público consistente na prestação de uma tutela efetiva, oportuna e adequada, fundamentando suas escolhas analiticamente num cenário de direito processual constitucional. E o seu suporte será o contraditório útil, a ampla participação das partes, que poderão, dessa forma, trazer as informações necessárias para a flexibilização procedimental. Havendo a mínima contrariedade por parte de quem quer que seja, deverão as demandas seguir o rito amplo, comum, como é hoje o procedimento comum ordinário.

Não há dúvida de que a medida exigirá mais do magistrado, que deverá, além de ouvir as partes, conferir fundamentação qualificada para a implementação da variação ritual.

O que se quer deixar consignado é que, assim como a segurança jurídica, o ativismo judicial, por si só, não é fundamento suficiente para jogar uma pá de cal na flexibilização procedimental.

O assunto, dada sua importância e seu incremento em outros ordenamentos jurídicos, merece ser um pouco mais debatido.

Que sirva como incentivo a coragem de democracias consolidadas, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra, que, apesar de se filiarem a outro modelo, foram além e quebraram seus paradigmas. Como dissemos, pelo menos a título de

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Seleçao.pdf. Acesso em: 21 fev. 2011.
[27] Ibidem.

exemplo na busca pelo aperfeiçoamento, quando pouco, a medida foi útil. Portugal, da mesma forma, adequou-se às exigências do bloco continental europeu e adotou o princípio da adequação formal, o que, de alguma maneira, contribuiu e vem contribuindo para o amadurecimento daquele ordenamento.

Por falar em Portugal, lembremos do poeta daquelas terras, Fernando Pessoa, e tomemos como incentivo uma de suas criações: "tudo vale a pena quando a alma não é pequena".

4. Conclusão

Tentou-se, modestamente, demonstrar que a flexibilização procedimental, pelos argumentos que têm sido levantados contra si, merece ser um pouco mais debatida. A perplexidade em torno de sua implementação, que, como se procurou pontuar, é por outras razões, não pode desvirtuar-lhe, retirando-lhe a verdadeira vocação: o acesso à justiça.

Como não há, ainda, uma versão acabada do Projeto, talvez ainda haja tempo para refletir sobre o tema.

As propostas trazidas pelo Substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado nº 166, de 2010, em linhas gerais, aduzem mitigar as regras sobre a flexibilização procedimental se limitando a aumentar os prazos e a inverter a produção dos meios de prova[28]. Nesse ponto há que se ter cautela e, como dito antes, coragem, pois que as regras que disciplinam os prazos e a ordem de produção de provas, por exemplo, em audiência são normas procedimentais[29]. Especificamente com relação à ampliação de prazos, cogita-se de norma não geral em matéria procedimental a ser disciplinada, portanto, por lei estadual.[30]

O Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas previu no artigo 107, V:

> Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

[28] Disponível em: http://www.redp.com.br/substitutivo.pdf. Acesso em: 05 mar. 2011.
[29] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit. p. 39
[30] Idem, p. 48.

E dispôs no § 1º do artigo 151:

> § 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observado o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Analisando os dispositivos, não se vê neles nenhuma marca de particularidade ou adequação de qualquer realidade local, senão a fixação de parâmetros mínimos, abstratos e gerais, nos termos do artigo 24, § 1º da Constituição da República.

Os dispositivos do Anteprojeto citados, ao se reportarem ao contraditório e à ampla defesa, estão, ademais, sintonizados com o artigo 1º do mesmo diploma, onde o legislador adota, "expressamente, a teoria do direito processual constitucional" [31].

Se queremos sair da situação de "ter um pé na modernidade e outro na pós-modernidade" [32] para fincar os dois pés no futuro, na pós-modernidade, temos que nos livrar de posturas atávicas que nos impedem a caminhada.

E isso exige maturidade, um olhar menos predisposto para determinados assuntos cujo debate é difícil, mas necessário.

A efetividade, a tutela adequada, a promoção dos direitos, enfim, o acesso à justiça é o que parece estar sendo buscado pela Comissão de Juristas com a proposta de um novo código.

Os desafios do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil da Comissão de Juristas existem e não são fáceis, mas, justamente por serem desafios é que exigem um esforço de todos, da sociedade, a quem é destinado o trabalho.

Que nos permitamos, para compreender um diploma da pós-modernidade, pensar, abstrair, imaginar-mo-nos, como na Física Quântica, diante de um universo de possibilidades e, assim, "flexibilizar", ainda que a flexibilização seja, inicialmente, apenas do nosso comportamento.

5. Referências bibliográficas

[31] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Volume VI. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em: 10 jan. 2011.

[32] CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia.* Alceu (PUCRJ), Rio de Janeiro, 2004 apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, op. cit. p. 51.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_selecao.pdf. Acesso em: 21 fev. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. P. 1 (anexo). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. LEI Nº 8080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. P. 18055. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2006. P. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. PL 3588/1989. ADAPTA AS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL AO DISPOSTO NO ART. 24, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Diário do Congresso Nacional, Seção I, Brasília, DF, 4 jun. 1992, p. 12189. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=214120. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=172613&tip=UN. Acesso em: 23 fev. 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPAR, Malu. *Entrevista Paul Milgrom.* Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, edição 2198, ano 44, n. 01, 05 jan. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARECER Nº , DE 2010. Disponível em http://www.redp.com.br/substitutivo.pdf. Acesso em: 05 mar. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, Ano 4, Volume VI, Julho a Dezembro de 2010, ISSN 1982-7636. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em: 10 jan. 2011.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/CodigoProcessoCivil.pdf. Acesso em: 10 jan. 2011.

RESNIK, Judith. *Managerial Judges.* The Harvard Law Review Association. LEXSEE 96 HARV. L. REV. 376. December, 1982.

A JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA PUBLICISTA E PRIVATISTA NO CONTEXTO DA SOLUÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS DE MASSA - NOTAS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE AÇÕES REPETITIVAS PREVISTO NO PLS Nº 166/10.

Marcelo Pereira de Almeida

Advogado no Rio de Janeiro – Mestre em Direito Processual pela UNESA – Aluno especial do curso de Doutorado da UFF - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP - Professor de Direito Processual Civil da UNESA – Professor de Direito Processual Civil e Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Professor do curso de Pós-Graduação de Direito Processual Civil da UNESA – Professor do curso de Pós- Graduação de Direito do Consumidor da UNESA- Professor do curso Pós-Graduação de Direito Público da UNESA – Professor convidado do curso de Pós- Graduação de Direito Processual Civil da UFF – Professor da Escola Superior de Advocacia - ESA.

Resumo: O ensaio apresenta considerações críticas sobre a tendência da jurisdição nos países de modelo *civil law* na solução de demandas individuais de massa, com enforque ao publicismo processual identificado nas últimas reformas da legislação processual brasileira, direcionado a solução de causas desta natureza, destacando o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10.

Abstract: The test shows critical considerations about the tendency of jurisdiction at Civil Law Type countries on solution of lots of individual demands, emphasizing the processual publicist identified on the last Brasilian Processual Legislation reform, related to the solution of this kind of cause, emphasizing the resolution of repetitive demands problem planned at PLS - number: 166/10.

Palavras-chave: Publicismo processual; demandas individuais de massa; incidente de resolução de demandas repetitivas.

Keywords: Processual publicist; solution of lots of individual demands; emphasizing the resolution of repetitive demands problem planned.

Sumário: *1) Introdução; 2) A evolução da jurisdição no contexto publicista e privatista; 3) Notícia histórica da tutela dos interesses coletivos e da coletivização das demandas individuais no ordenamento processual brasileiro; 4) A coletivização das demandas individuais; 5) O incidente de coletivização no direito alemão; 6) O incidente de resolução de demandas repetitivas no PLS nº 166/10; 7) Síntese conclusiva.*

1. Introdução

O presente ensaio tem por escopo apresentar considerações críticas sobre a tendência da jurisdição nos países de *civil law* na solução de demandas individuais de massa, enfocando a inclinação publicista do ordenamento processual brasileiro identificada nas últimas reformas da legislação, direcionada a solução de causas desta natureza, problema apontado com um dos fatores que gera a morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional.

Destacam-se nesta pesquisa os modelos de resolução de demandas repetitivas, inseridos no ordenamento pátrio, tais como o processamento dos recursos excepcionais repetitivos, trazidos pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, e a proposta de se instituir um incidente de resolução de demandas individuais de massa previsto no PLS nº 166/10 destinado a criar o Novo Código de Processo Civil em trâmite no Senado Federal.

Para atingir a finalidade proposta, o trabalho foi desenvolvido em cinco seções abordando os pontos sensíveis deste formato de solução de conflitos, avaliando os principais procedimentos destinados a alcançar este objetivo, e alguns aspectos no direito comparado que em certa medida influenciaram o sistema brasileiro.

Na primeira seção faz-se uma breve análise das principais características dos modelos publiistas e privatistas de ordenamentos processuais e as evoluções observadas.

Na segunda, apresenta-se uma abordagem histórica do desenvolvimento do modelo dos direitos coletivos e da coletivização das demandas individuais no ordenamento brasileiro.

Na terceira seção procura-se identificar os métodos de tratamento de coletivização das demandas individuais de massa no ordenamento brasileiro.

Na quanta seção, é realizada uma breve incursão no incidente de coletivização de ações individuais no direito processual alemão, identificado como fonte inspiradora do modelo que se pretende adotar no Brasil.

E por fim, são feitas algumas considerações sobe o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10, que vem como proposta para solução de causas desta natureza no sistema brasileiro. Devendo ser destacado que as considerações são realizadas com primeiras impressões por se tratar de proposta legislativa, apresar de se poder extrair algumas inferências empíricas diante da similitude que apresenta com alguns instrumentos já em vigor.

Nestas linhas, não se tem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim trazer alguns pontos de reflexão de sorte a proporcionar o debate aberto e construtivo sobre uma questão de magnitude incontestável.

2 - A evolução da jurisdição no contexto publicista e privatista

Para propor reflexões sobre a coletivização das demandas individuais de massa e a direção que o ordenamento processual brasileiro vem seguindo nos últimos anos, faz-se necessário traçar algumas linhas sobre a evolução da atividade jurisdicional nos países ocidentais no contexto publicista e privatista.

Vem sendo alvo de vastas pesquisas sobre a atividade jurisdicional, a tendência que os ordenamentos processuais nos países ocidentais vem seguindo em relação, principalmente, a concessão de maiores poderes ao Estado para a condução do processo judicial, cujo marco teórico inicial é representado pela concepção liberal de tutela dos direitos do século XIX, em que o processo apresentava o escopo de garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos e não a observância do direito objetivo. A jurisdição e o processo destinavam-se a atender os anseios dos cidadãos e não havia preocupação com o interesse público.[1]

Essa característica positivista clássica do sistema, gerava como consequência, a limitação total dos poderes do magistrado, pois não lhe permitia trazer ao processo fatos não postos pelas partes, determinar produção de provas não requeridas e até examinar falta de pressupostos processuais de ofício. Chegava ao

[1] GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo. n. 164. out./2008. p. 31.

extremo de até a fluência dos prazos depender da atividade das partes, características que só vieram a desaparecer nos ordenamentos do século XX.

O movimento de publicização do processo teve suas origens na elaboração do Código Austríaco de 1895, de influência socialista, e dominou a doutrina do início do século XX, com características autoritárias na medida em que retirava das partes a condução do processo, transferindo esta atribuição aos juízes.[2]

Este novo modelo de tutela dos direitos, foi retratado nas legislações codificadas influenciadas pelo socialismo e fascismo, que pregavam a idéia de que o aumento dos poderes do Estado representava um avanço social, o que justificaria a ampliação dos poderes do magistrado, para proporcionar mais qualidade e justiça na forma da tutela jurisdicional, significando que o processo, neste contexto, foi alçado ao patamar de interesse público.[3]

Nesta perspectiva o juiz é responsável pela condução do processo, adotando uma postura ativa na coleta da prova para atingir a verdade real, podendo distribuir de modo dinâmico a carga da prova, promover o impulso oficial do processo, deferir medidas satisfativas de modo oficioso[4], tudo com a justificativa de promover a justiça no seio social.

Com o segundo pós-guerra se observou a reconstrução do constitucionalismo na Europa ocidental, ocasionando a supremacia do interesse público em detrimento do individual e o fortalecimento dos diretos fundamentais, o que deflagrou críticas ao modelo autoritário de processo que deveria ser reconstruído para prestigiar o princípio dispositivo e a autonomia privada.[5]

Essa crítica ao modelo autoritário de processo influenciou a legislação de alguns países, o que pode ser sentido na Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha, editada no ano de 2000, que regulou o sistema processual numa perspectiva do cidadão que busca a tutela jurisdicional. Este modelo privilegia o princípio da

[2] Idem. p. 32.
[3] Neste sentido, Leonardo Greco sustenta que "Nos países socialistas, o processo foi concebido como instrumento do bem estar social, assumindo o juiz a função de guia e de propulsor do processo, não só técnica e formal, mas também materialmente, exercendo papel ativo e assistencial das partes, buscando com elas a verdade e a vitória da parte que tem razão, destruindo, assim, a idéia de juiz neutro. Op. cit. p. 33.
[4] BENABENTOS, Omar Abel. *Teoria General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá. Colômbia: Editorial Temis S/A. 2001. p. 33.
[5] AROCA, Juan Montero. *Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch. 2006. p. 24.

autonomia da vontade e apresenta como características principais a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo, limitando, por conseguinte os poderes do juiz, que não está autorizado a proferir sua decisão com base em fatos não postos pelas partes e muito menos ignorar aqueles que foram apresentados por elas.[6]

A perspectiva deste formato de jurisdição é preservar, segundo seus defensores,[7]as garantias constitucionais do processo e direitos fundamentais, impedindo arbitrariedades dos julgadores que sob a justificativa do interesse público que o processo detinha, nos sistemas autoritários, invadiam os interesses particulares. Este é o modelo de jurisdição que vem sendo denominado de garantista, e conta, atualmente, com vários adeptos.[8]

Constata-se, ainda, que a concepção publicista do processo também vem sendo responsável pela sensível limitação do sistema recursal, com a inserção de filtros sobrepostos destinados a restringir o uso dos recursos, pois estes são apontados como geradores de morosidade na atividade jurisdicional.

Curiosamente, a legislação brasileira vem cada vez mais seguindo na contramão destas tendências garantistas, o que se constata pela análise do conteúdo das constantes reformas da legislação processual, que ampliam consideravelmente os poderes dos juízes, prestigiando cláusulas abertas, condução da instrução probatória de modo oficioso, controle de adaptação dos procedimentos e principalmente limitação ao sistema recursal, com o aumento da força da jurisprudência.

Essas considerações são necessárias para atingir a finalidade proposta, na medida em que se verifica uma tendência no ordenamento brasileiro de ampliação dos poderes dos órgãos jurisdicionais na condução e resolução dos conflitos individuais de massa, podendo ser citados como exemplos o processamento de recursos excepcionais repetitivos, repercussão geral em recurso extraordinário, súmula vinculante, e agora a iminência de instituição de incidente de resolução de demandas repetitivas para os processos que tramitam principalmente na primeira instância, tema que será tratado ao longo do texto.

---

[6] NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *El Direito Procesal como Sistema de Garantías.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mayo-agosto. 2003. p. 534.
[7] AROCA. Op. cit. p. 27.
[8] Por todos, AROCA. Op. cit. p. 28.

É certo que os conflitos que versam sobre interesses individuais homogêneos assoberbam os órgãos do Poder Judiciário com processos repetitivos, e muitas vezes o tratamento é diferenciado por julgamentos pulverizados, o que gera, invariavelmente, insatisfação do jurisdicionado e insegurança nas relações jurídicas.

Neste aspecto o direito processual brasileiro inovou ao criar a possibilidade de se coletivizar as demandas individuais, que apresentem a mesma origem, e se mostrem uniformes. Com a edição da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, foram previstas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, possibilitando que um processo resolva conflitos de considerável número de pessoas.

Porém, a instituição das ações coletivas, em particular as destinadas a tutelar interesses individuais homogêneos, são insuficientes para a otimização destes problemas, pois estas ações não impedem que ações individuais continuem sendo propostas e recebam tratamento diferenciado, em virtude da falta de previsão de um sistema de vinculação e da falta de divulgação efetiva de ações coletivas.[9]

Pode se inferir, assim, que o papel da jurisprudência é indispensável para que o sistema harmonize as questões e promova um tratamento mais uniforme para as teses repetitivas. Mas para que essa idéia surta os efeitos desejados o modelo processual deve prever formas de filtrar essas questões e otimizar os processos.

No ordenamento processual brasileiro vêm ocorrendo mudanças para obstar a tramitação de processos que versem sobre matérias repetitivas, e assim privilegiar a resolução das demandas de massa de modo uniformizado.

É a tendência de se fortalecer um modelo processual de nítido caráter publicista, em que são ampliados cada vez mais os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, na medida em que podem obstar o trâmite processual de uma causa repetida ou a direcionar para um julgamento por amostragem, como acontece no processamento dos recursos especiais repetitivos,[10]e em breve poderá ocorrer com a instituição do incidente de coletivização de demandas individuais.

[9] ALMEIDA. Marcelo Pereira. *A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Frietas Bastos. 2007. p. 178.

[10] O modelo de processamento de recursos repetitivos teve previsão embrionária no ordenamento brasileiro com a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, prevendo no artigo 14 o pedido de uniformização, com a possibilidade de sobrestamento dos demais pedidos que tratassem da mesma matéria para o julgamento por um condutor. A Lei nº 11.418/06, responsável pela regulamentação do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, que trata da repercussão

Vários problemas podem ser identificados com a adoção deste modelo. Cite-se como exemplo a dificuldade que o jurisdicionado encontra para provocar o *distinghishing*, ou seja, alegar que a tese de sua pretensão tem especificidades em relação àquela que foi selecionada para o julgamento, ou mesmo para provocar a revogação do precedente (*overruling*) que possa vir se utilizado como paradigma na soluça daquela questão. Estes e outros aspectos serão tratados na seção específica referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

3 - Notícia histórica da tutela dos interesses coletivos e da coletivização das demandas individuais no ordenamento processual brasileiro

O regime de tutela dos direitos, no modelo *civil law*, sempre foi visto sob um enfoque estritamente individualista. A regra da legitimidade individual, segundo a qual cada um defenderia em juízo seus próprios interesses, não permitia muitas exceções, sendo raros os casos de substituição processual ou de alguma forma a defesa em nome próprio de interesse alheio.

Por este motivo, direitos comuns a determinados grupos de pessoas não podiam ser defendidos em juízo porque não havia uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não se identificava determinada pessoa prejudicada. Na verdade, todos eram prejudicados, e com isso ninguém detinha legitimidade, o que representava uma verdadeira negativa ao acesso à justiça.

Nas últimas décadas, principalmente, no segundo pós-guerra, contatou-se uma mudança de paradigmas com o surgimento de novos anseios sociais. Nesta realidade, além de emergirem novos problemas antes inexistentes, a informação e o apelo ao consumo infiltram-se democraticamente nas casas ricas e pobres, o cidadão passa a ter plena consciência de seu direito ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este maior número de informações instigou o desejo humano de buscar a satisfação de seus novos e antigos interesses.

geral em recurso extraordinário, inseriu os artigo 543-A e 543-B ao CPC. Este último artigo prevê o processamento de recursos extraordinários que apresentem a mesma tese jurídica na forma repetitiva. Em seguida a Lei nº 11.672/08, criou o artigo 543-C no CPC para estender o formato repetitivo de processamento ao recurso especial.

Estes fatos geraram anseios coletivos e surgiram os conflitos de massa. A nova realidade impunha a criação de novos mecanismos de proteção, tanto no plano do direito material como no do processual.

A defesa adequada dos interesses metaindividuais é considerada como ponto sensível para se alcançar o pleno acesso à justiça por Cappelletti e Garth.[11]

Entre os países que adotam o modelo *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implantação dos processos coletivos.

A primeira lei brasileira a tratar de forma adequada os interesses difusos é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que atribuiu legitimidade ao cidadão para defender o patrimônio público.

Em meados da década de setenta surgiu a real preocupação pela tutela dos interesses metaindividuais, com a repercussão dos trabalhos desenvolvidos na Itália. José Carlos Barbosa Moreira foi o precursor, com artigo publicado em 1977. [12] Seguindo este caminho, vieram Waldemar Mariz de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover, que passaram a divulgar estas idéias.[13]

A Lei nº 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente, por sua vez, trouxe a legitimidade do Ministério Público para a defesa do meio ambiente. Porém, a Lei nº 7.347/85, a denominada Lei da Ação Civil Pública, causou maior repercussão no ordenamento processual pátrio.

Esta lei foi elaborada por uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., que redigiram o anteprojeto após o encerramento de um seminário sobre o tema. O referido anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrado, em 1983, e apresentado ao público pela primeira vez durante o I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, ocasião em que José Carlos Barbosa Moreira apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento. [14]

Aquelas propostas foram apresentadas ao Congresso Nacional por intermédio do Projeto de Lei nº 3.034/84. Em seguida, alguns representantes do Ministério Público

[11] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. pp. 12-13.
[12] Ibidem, p. 127.
[13] GRINOVER. Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 800.
[14] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro. In: *Temas de Direito Processual.* São Paulo: Saraiva, 1984. p. 78

fizeram alterações no projeto original e apresentaram novo projeto, que finalmente foi convertido na Lei nº 7.347/85,[15] aperfeiçoada posteriormente por outra normas.[16]

A Constituição de 1988 estendeu seu cabimento para a defesa de outros interesses transindividuais, atribuiu *status* constitucional à tutela coletiva e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação, além de prever, expressamente a figura do mandado de segurança coletivo, conferindo legitimação aos partidos políticos e as entidades de classe para a sua impetração. O mandado de segurança coletivo foi regulamentado, recentemente pela Lei 12.016/09.

A Lei nº 7.853/89 foi a primeira a tratar de matéria complementar à ação civil pública, com o fito de proteger as pessoas portadoras de deficiência, dispondo, ainda sobre aspectos processuais peculiares na defesa coletiva dos interesses deste grupo social específico. [17]

Em seguida, foi editada a Lei nº 7.913/89, com o objeto voltado à defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários, por danos a eles causados. Com previsão inovadora referente à possibilidade de ressarcimento de danos individuais a esses investidores. Foi a primeira notícia da defesa de interesses denominados individuais homogêneos, que, até então, só poderiam ser tutelados em conjunto pela figura do litisconsórcio, uma vez que a ação civil pública possibilitava, apenas à proteção de interesses difusos, com a destinação da indenização para o fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) veio a seguir com normas específicas para a ação civil pública ajuizada na defesa da criança e do adolescente.[18]

A mais relevante alteração da Lei da Ação Civil Pública veio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que modificou profundamente a sua estrutura. Todo o Título III tem aplicação em qualquer ação civil pública, conforme determina o artigo 21 da Lei nº 7.347/85.[19] Foi acrescentada, ainda, a possibilidade de

[15] GRINOVER. Op. cit. p. 805.
[16] Ibidem, p. 806.
[17] Pode ser destacado o artigo 3º, § 6º que reza: "em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados pode assumir a titularidade ativa".
[18] Não havia previsão expressa de defesa dos interesses individuais homogêneos das crianças e dos adolescentes.
[19] A redação deste dispositivo foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

litisconsórcio entre os Ministérios Públicos e a de celebração de termo de ajustamento de conduta.

A coletivização das demandas individuais de massa ganhou amplitude considerável com o advento do CDC, pois este diploma legal permitiu a utilização de ação coletiva para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo.

Outras regras que afetam a tutela coletiva devem ser lembradas.

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) ampliou também o campo de incidência da ação civil pública. Seu artigo 88 determinou a inclusão do atual inciso V no artigo 1º da Lei nº 7.347/85. Com isso, os danos causados por infração da ordem econômica passaram a ser tuteláveis por intermédio desta ação.

A medida provisória nº 1.570/97, convertida na Lei n° 9.494/97 fez previsão de limitação dos efeitos da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença, com a alteração feita no teor do artigo 16 da Lei n° 7.347/85. Alteração muito questionada pela doutrina. [20]

A referia lei, prevê, ainda, a restrição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no que tange às demandas coletivas, à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Nesta breve evolução histórica, deve ser consignado que foram apresentadas e discutidas propostas nas comunidades jurídicas do Rio de Janeiro e de São Paulo de elaboração de um código de processo civil coletivo. Estas propostas culminaram na elaboração de um projeto de lei para sistematizar a ação civil pública, encaminhado ao Congresso Nacional, em setembro de 2009 pela Comissão de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. O referido projeto recebeu a numeração 5.139/09, mas infelizmente foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados,[21]sendo alvo de recurso na tentativa de submetê-lo ao Plenário desta Casa Legislativa.

[20] Ada Pellegrini Grinover sustenta com veemência que a coisa julgada não estaria limitada a esse âmbito de competência do juízo (cf. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 795). Em sentido semelhante, criticando a alteração legislativa, cf. VIGLIAR, José Marcelo M., *Ação Civil Pública*, n. 10.2. p. 105; e MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 130.

[21] CCJC da Câmara rejeita projeto de lei que disciplina a ação civil pública. O Projeto de Lei (PL) nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A Comissão rejeitou o parecer pela aprovação, em forma de um substitutivo apresentado

4- A coletivização das demandas individuais

Conforme já observado, até 1990, o sistema de defesa de interesses coletivos no Brasil era representado pela ação popular e pela ação civil pública. A despeito das referidas leis, em 1988 foi promulgada uma Constituição símbolo do Estado Democrático de Direito, preocupada com interesses metaindividuais e prevendo a necessidade de amparo aos interesses dos consumidores.

Assim, no moderno ordenamento jurídico brasileiro surgiu a intenção de criação de um instrumento responsável pela tutela das relações de consumo, o que foi consolidado em 11 de setembro de 1990, com a publicação do Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores.

O referido código foi de fundamental importância para a defesa de direitos transindividuais, pois trouxe vários mecanismos que passaram a ser utilizados nas demais ações coletivas, como as noções de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstas no artigo 81.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor se destaca na área processual por definir regras de competência para as ações de consumo, o que está disposto no artigo 93 deste diploma legal, por trazer regramento diferenciado ao ônus da prova, e por tratar da legitimação para essas ações.

Conforme apontado na seção anterior, o tratamento da coletivização das demandas individuais foi consideravelmente modificado com a edição do CDC, com a previsão expressa de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos.

Esses interesses previstos no artigo 81, parágrafo único, III do CDC têm origem nas *class actions* do direito norte-americano.

Segundo Araújo Filho[22], as *class actions* foram herdadas do sistema legal inglês e eram utilizadas quando se tinha interesse comum ou geral de muitas pessoas.

pelo deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ). Em seu lugar, foi acatado o voto em separado do deputado José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela rejeição. Como o projeto foi rejeitado em caráter conclusivo, não precisa ser votado pelo Plenário.

[22] ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 89.

Por constituírem uma classe numerosa, seria impraticável trazer todos os seus membros a juízo. Assim, um ou mais membros poderiam propor a ação ou apresentar a defesa, pela totalidade da classe.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, os interesses individuais homogêneos são aqueles que, embora se apresentem uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência.

Hugo Nigro Mazzilli[23] defende tese de que os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, não deixam de ser também interesses coletivos, porquanto os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos, originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, os titulares dos primeiros são determinados ou determináveis, enquanto os titulares dos demais são indeterminados.

Teori Albino Zavascki[24], por sua vez, entende de modo diferente a concepção de interesses individuais homogêneos e denomina a sua defesa de "defesa coletiva de direitos", ressaltando que esta não se confunde com a defesa de direitos coletivos.

Segundo o autor, direito coletivo é direito transindividual (sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo, *strictu sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.

Pode-se dizer, portanto, que interesses individuais homogêneos representam um conjunto de vontades individuais. O que os difere dos direitos coletivos é a divisibilidade desses interesses, ou seja, é possível que cada sujeito ingresse individualmente com sua demanda. E isso porque o objeto da ação é divisível.[25]

Araújo Filho[26], ao abordar a evolução da tutela dos direitos individuais homogêneos no Direito brasileiro, remete ao VII Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em Würzburg, 1983, em que Barbosa Moreira designou os

[23] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p.53.
[24] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT. 2007. p. 130.
[25] Conforme já observado, a Lei n° 12.016/09 regulamentou o mandado de segurança coletivo, e no artigo 21, parágrafo único, inciso II, está definido o interesse individual homogêneo passível de proteção pelo *mandamus.*
[26] ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Op. cit., p. 95.

interesses individuais homogêneos como "acidentalmente coletivos" e os interesses coletivos *strictu sensu* e difusos como "essencialmente coletivos".[27]

Os interesses individuais homogêneos também receberam tratamento específico na recente regulamentação do mandado de segurança coletivo, conforme prevê o artigo 21 da Lei nº 12.016/09.

Percebe-se que o legislador tem se preocupado, em certa medida com a massificação dos conflitos, mas verifica-se que o tratamento dado não resolve os problemas principais identificados na realidade dos processos judiciais que versam sobre matérias repetitivas.

Primeiro ponto de estrangulamento que pode ser identificado, diz respeito a ausência no sistema de resolução de demandas de massa da divulgação ampla das ações coletivas, cujos processos estão em curso, de sorte a possibilitar ao jurisdicionado o conhecimento da existência de demandas que tratem de tema afeto a sua pretensão.

A divulgação somada a notícia de que o jurisdicionado estaria com a sua pretensão sendo tutelada adequadamente, poderia evitar proposituras de ações individuais, diminuindo, assim, o número de processos repetitivos.

Ao lado da ampla divulgação, a adoção de um sistema de vinculação coerente, tal como o *opt out*, possibilita a obstrução de ações que versem sobre a mesma matéria.

Pela técnica de *opt out*, presume-se que os membros do grupo desejam fazer parte do litígio e condiciona-se a sua exclusão a uma manifestação expressa nesse sentido.

Naturalmente, há o risco de que o membro do grupo que sequer tenha conhecimento da existência da ação coletiva seja atingido pela coisa julgada e tenha um direito declarado inexistente em juízo. [28]Todavia, principalmente nos casos em que o valor da pretensão individual é reduzido, a presunção de que o membro do grupo lesado queira participar da ação é muito mais realista. Afinal, nesses casos, a tutela coletiva é a única forma de tutela jurisdicional do seu interesse. Por outro lado, nos casos em que as pretensões individuais sejam de valor muito alto, que inclusive justifiquem financeiramente a propositura de ações individuais, muito provavelmente o membro será informado da existência da ação coletiva e poderá exercer o direito de auto-exclusão, ou já terá proposto a sua ação individual.

[27] Ibidem. p. 97.
[28] Ibidem, p. 98.

No caso do sistema de *opt out*, a inércia opera para ampliar o número de pessoas abrangidas pelo processo coletivo, na medida em que os não-notificados e indecisos permanecem como membros do grupo na ausência de qualquer atitude em contrário. A vantagem maior é para o grupo, principalmente nas causas de pequeno valor, cujos titulares são pessoas simples, que, por ignorância, timidez, acomodação, medo, ou simples inércia, jamais tomarão posição ativa de intervir no processo. Para essas pessoas, as ações de classes funcionam como atividade administrativa do Estado, em que os interesses dispersos da comunidade são representados pelo governo.[29]

Da mesma forma que no sistema de *opt in*, cujo contexto é inverso, poucos membros do grupo tomam a iniciativa de intervir no processo, no sistema de *opt out* poucos membros se dão o trabalho de solicitar a sua exclusão. Consequentemente, o índice de exclusão do grupo é ínfimo, em geral, inferior a 1%.[30]Essa observação, porém, merece reparo. Em verdade, tudo vai depender dos fatos e das peculiaridades da causa, do valor das pretensões individuais dos membros ausentes, da forma em que a divulgação é realizada etc. Antonio Gidi indica como exemplo, nos casos de *small claims class actions*, em que o valor das pretensões individuais não justifica a propositura de ações singulares, que é de se esperar um reduzido número de exclusões. A proporção de *opt outs* é consideravelmente maior quando os valores das pretensões individuais são economicamente viáveis.[31]

Sendo verdade que o sistema de *opt out* opera, na prática, para aumentar o tamanho do grupo, pode-se dizer que ele é vantajoso sempre para a parte que tem razão, seja ela o grupo ou a parte contrária. Se o grupo foi efetivamente lesado pelo réu é de seu interesse que todos os membros sejam beneficiados, salvo aqueles poucos que tomarem a iniciativa e se excluírem do grupo. Sendo o réu quem tem razão, ele terá todo o interesse de que a sentença de improcedência vincule o maior número possível de pessoas, encerrando de uma vez a controvérsia.[32]

Acontece que essa análise — que pode ser correta em quase todos os países do mundo — não se ajusta necessariamente à realidade americana, pois a certificação de

[29] GIDI, Antonio. *Notas para a redação de uma exposição de motivos*. In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil:* processo coletivo. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 4. p. 295.
[30] Ibidem, p. 294.
[31] Ibidem, p. 293.
[32] Ibidem, p. 294.

uma ação coletiva cria grande risco para o réu, que passa a responder em juízo por uma pretensão coletiva de altíssimo valor, que pode levá-lo à ruína. Se junta a isso as altas despesas com a defesa de uma ação coletiva e o fato de se estar diante de um réu fragilizado, vulnerável a chantagens e pronto a aceitar acordos milionários em ações de mérito duvidoso, somente para evitar as despesas e os riscos inerentes à defesa de uma ação coletiva. Todavia, a realidade americana é diferente da de outros países, e não pode ser generalizada.[33]

A opção legislativa entre um ou outro sistema, portanto, é exatamente importante, porque a técnica adotada será decisiva na determinação do tamanho do grupo e, consequentemente, na indenização devida pelo réu.[34]

O sistema de *opt out* tem algumas desvantagens em relação ao sistema da presença compulsória, que vão além de mera impossibilidade de gerar uniformidade das decisões. É de se esperar que os membros ausentes que terão interesse e iniciativa para se excluírem do grupo, em geral, serão exatamente aquelas pessoas mais ativas, que teriam interesse e iniciativa para intervir, contribuir e participar ativamente no litígio coletivo, se o direito de auto-exclusão não fosse permitido. Tais membros, motivados pelo interesse egoístico de proteger os seus interesses divergentes ou controlar a adequação do representante, poderiam suprir o juiz com informações importantes sobre o caso e sobre eventuais conflitos existentes entre os membros do grupo. A presença e a participação dessas pessoas podem ser essenciais para que o juiz cumpra a sua função de proteger os interesses dos membros ausentes de forma mais completa, efetiva e abrangente,.[35]legitimando a decisão pela participação no procedimento.

Por outro lado, adverte Antonio Gidi que o direito de auto-exclusão representa o reconhecimento, por parte do Estado, de que o membro ausente do grupo pode não ser ou não se sentir adequadamente representado em juízo, ter interesse em propor a sua própria ação individual ou simplesmente não ter interesse no litígio. Trata-se, assim, de homenagem à individualidade e autodeterminação do jurisdicionado, um importante valor numa cultura tradicional individualista e democrática.

Os únicos dispositivos que tratam da matéria no sistema pátrio são os artigos 104 do CDC e o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09.

[33] Ibidem, p. 295.
[34] GIDI, loc. cit.
[35] Ibidem, p. 296.

Pelo artigo 104 do CDC, se estiver tramitando, concomitantemente, uma ação coletiva e ações individuais, referentes a um mesmo evento danoso, é permitido que o indivíduo que esteja defendendo seus interesses individualmente requeira a suspensão do processo individual até o resultado da ação coletiva. Caso esta seja favorável aos seus interesses, ele poderá ser beneficiado. Se for desfavorável, poderá prosseguir com o processo individual. Isso significa a ausência de litispendência entre demandas individuais e coletivas que apresentem o mesmo fato gerador.

Já o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09, dispõe que em caso de impetração de mandado de segurança coletivo, com pendência de mandado de segurança individual, haverá a necessidade de desistência deste último para o litigante individual ser beneficiado pelo julgado do mandado coletivo.

Constata-se que para a efetivação do sistema processual molecular se faz necessária a previsão de um regime de vinculação que possibilite aos interessados optar pela demanda coletiva ou individual, mas que não inviabilize o processo em curso, e não prestigie a repetição de ações referentes ao mesmo evento danoso, de sorte a não fragilizar as relações jurídicas, e assim proporcionar uma tutela jurisdicional adequada.

De *lege ferenda*, a matéria consta dos anteprojetos de Código de Processos Coletivos do IBDP e da Escola do Rio de Janeiro.

O anteprojeto da Escola do Largo de São Francisco pouco inovou, repetindo praticamente o que consta do artigo 104 do CDC, no artigo 6º do referido projeto.[36]

[36] Art. 6º. Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.
§ 1º. Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.
§ 2º. A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.
§3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou , após instaurar o, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos individuais referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.
§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual.

O anteprojeto da UERJ/UNESA inovou um pouco, implementando um sistema de exclusão similar ao *opt out* das *class actions* do direito norte-americano, no parágrafo 3º do artigo 22 e no artigo 32.[37]No PL 5139/09 tem previsão no artigo Art. 37. [38] Porém, qualquer que seja o modelo de vinculação de demandas coletivas adotado, o princípio da ampla divulgação destas ações se torna indispensável para que a tutela dos interesses transindividuais se torne efetivamente viável.

O problema das ações individuais em curso que tratam de questões repetidas vem também sendo alvo da atenção do legislador nas últimas reformas do CPC, pelo diagnostico de representar um dos principais problemas da efetividade da jurisdição.

Neste contexto, a força da jurisprudência ganha espaço, com a instituição de mecanismos destinados a obstruir o prosseguimento de processos que tratam de teses

[37] Art. 22. Coisa julgada - Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.
§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.
Art. 32. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.
§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

[38] O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.
§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.
§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.
§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.
§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.
§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.
§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

jurídicas já consolidadas, tais como a sentença liminar de improcedência, prevista no artigo 285-A do CPC, e a denominada súmula impeditiva de recurso regulada pelo artigo 518, § 1º do CPC.

Nesta linha, foram criados, os incidentes de resolução de causas repetitivas, primeiramente, no âmbito recursal, como já indicado, e agora a intenção é atingir também os processos que tramitam na primeira instância.

A proposta inicial de sistematizar as demandas repetitivas com um incidente ocorreu com a criação dos juizados especiais para as causas de competência da Justiça Federal pela Lei nº 10.259/01 que no artigo 14 prevê a possibilidade de se formular pedido de uniformização para Turmas de Uniformização, ou até mesmo para o STJ, em casos de decisões divergentes no âmbito deste microssistema. Se ocorrer a formulação de pedidos em processos que versem sobre a mesma tese, poderá ocorrer o sobrestamento dos mesmos, com a seleção de um recurso piloto para o julgamento. O resultado deste julgamento irá influenciar os demais recursos que estavam sobrestados.

Seguindo esta tendência, o legislador, no intuito de diminuir a quantidade de recursos perante o STF, apresentou outras regras por meio da Lei 11.418/06.

Além de criar a figura da repercussão geral (artigo 102, § 3º da Constituição Federal), como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, prevê o artigo 543-B, § 1º do CPC[39], que o tribunal de origem, caso haja recursos extraordinários veiculando matérias que considerar idênticas, deverá remeter um dos recursos que será representativo ao STF e sobrestará os demais até o julgamento definitivo. O § 2º do mesmo dispositivo aponta que o julgamento do recurso representativo vinculará o resultado dos recursos sobrestados, dispondo que "negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos".

O artigo 543-B, em seus parágrafos 3º e 4º, corrobora a proposta de vinculação das decisões em sede de recurso extraordinário, dispondo, inclusive, que o STF "poderá, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada", o que nos parece, também, de constitucionalidade duvidosa.

Seguindo a linha do procedimento do recurso extraordinário em matérias repetitivas, criado, como já apontado, pela Lei nº 11.418/06, o legislador estendeu este modelo para o processamento do recurso especial.

[39] Este dispositivo foi inserido pela Lei nº 11.418/06 que regulamentou o artigo 102, § 3º da Constituição inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

A Lei nº 11.672/08 efetuou a inserção do artigo 543-C no CPC no intuito de otimizar a atividade judicante no STJ, referente à avaliação de recursos especiais que versam sobre a mesma tese jurídica.

O caput do referido dispositivo diz que o tribunal de origem, ao verificar que foram interpostos vários recursos especiais tratando de matérias idênticas, deverá selecionar um ou alguns destes recursos para o julgamento por amostragem.[40]

Neste procedimento deverá ser encaminhado pelo menos um recurso, que será considerado o recurso piloto, e se o tribunal de origem não proceder a seleção dos recursos especiais mais repetitivos, poderá o relator do recurso especial determinar a suspensão dos processos em segunda instância em que a controvérsia está instaurada, conforme o disposto no § 1º do artigo 543-C. Neste aspecto, aponta o § 2º do mesmo artigo, que deve ser observado se há jurisprudência dominante sobre a referida controvérsia, ou se está afeta ao colegiado.

Da mesma forma que o procedimento de recurso extraordinário repetitivo, o § 4º do artigo 543-C aponta que no recurso especial processado desta forma será admitida a manifestação de *amicus curiae*, para auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador sobre a tese jurídica, indicando a tendência de maior participação na formação dos precedentes nos tribunais.[41]Poderá, ainda, o relator do recurso especial selecionado solicitar informações aos tribunais de segunda instância sobre as divergências a respeito da tese veiculada no recurso, no intuito de embasar sua convicção.

A participação do Ministério Público é imprescindível, conforme o disposto no § 5º do artigo 543-C do CPC, haja vista que o processamento dos recursos neste formato contém manifesto interesse público, pois irá repercutir em todas as causas de matérias semelhantes, cujos recursos ficaram retidos nos tribunais de origem.

Uma vez julgados os recursos selecionados, aqueles cujo processamento ficou sobrestado na origem terão seguimento denegado na hipótese do acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou serão novamente examinados pelo tribunal *a quo*, na hipótese do acórdão recorrido divergir da orientação daquele tribunal, de acordo com o disposto no § 7º do artigo 543-C do CPC.

[40] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 3. Bahia: Jus Podium. 2009. p. 319.
[41] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 208. p. 306.

No intuito de regulamentar este procedimento, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 8, em 07/08/08, indicando que no caso de haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente do tribunal de origem deverá ao admitir os recursos selecionados, suspender o processamento dos demais até o julgamento pelo STJ.

A referida resolução aponta um critério para se efetuar a seleção, dispondo que o agrupamento de recursos repetitivos deve levar em conta a questão central de mérito, sempre que seu exame for prejudicial à verificação de outras questões veiculadas nos recursos especiais.

Verifica-se com este modelo de processamento de recurso uma tendência mais incisiva de uniformização de julgados, no intuito de evitar discrepâncias nos julgamentos sobre teses jurídicas semelhantes, idealizando maior segurança nas relações jurídicas.

A intenção de privilegiar os posicionamentos dominantes dos tribunais para uniformizar os entendimentos e evitar julgamentos pulverizados, e por consequência, multiplicidades de processos, é salutar. Porém, alguns questionamentos surgem sobre pontos sensíveis deste formato de tutela dos direitos, que conforme foi dito, segue nítido caráter publicista: A forma de se tratar este tema está sendo coerente? O procedimento adotado permite o julgamento das causas de modo isonômico? A técnica empregada para a seleção das causas piloto é correto? Sob o ponto de vista pragmático, a seleção dos processos está respeitando efetivamente as características da controvérsia? Caso o jurisdicionado tenha o seu processo, indevidamente sobrestado, pois sua causa tem especificidades, existe uma forma eficiente para se insurgir? E a oxigenação da tese jurídica, é permitida? A legitimação do julgado pela participação efetiva está sendo respeitada?

Estas são algumas indagações que devem ser feitas em relação a adoção deste sistema, para que se possa corrigir eventuais impropriedades, de sorte a não limitar o acesso à justiça, já que o ordenamento vem seguindo cada vez mais esta tendência, com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas para a primeira instância, que passaremos a analisar, primeiramente com uma breve abordagem do modelo que o inspirou no direito processual alemão.

5- O incidente de coletivização no direito alemão

Ao assumir a presidência da comissão destinada a elaboração do Novo Código de Processo civil, Luis Fux destacou a necessidade do novo Código coletivizar a prestação da Justiça, considerando que na época da elaboração do atual Código, 1973, a maioria das demandas eram individuais, enquanto hoje existem na Justiça inúmeras demandas coletivas, e afirmou que "se uma única sentença der uma resposta judicial a todos os jurisdicionados num determinado assunto, conseguiremos acelerar bastante o andamento dos processos. Isso já existe em leis esparsas, mas não no atual CPC. A regra que pretendemos adotar é a da legitimação coletiva".[42]

A referida comissão sustenta ser extremante importante para tornar efetiva a tutela dos interesses coletivos, e evitar a pulverização de processos individuais, a criação do incidente de coletivização, conforme se vislumbra no direito alemão.[43]

A doutrina indica vários problemas teóricos e práticos que são observados nos procedimentos de tutela coletiva denominados representativos, com o formato de legitimação extraordinária, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, buscarem inspiração nas denominadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva, evitando, dentro do possível, representações fictícias.

Neste contexto, identificam-se algumas propostas já implementadas no direito comparado. Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre litigantes individuais. É o que vem sendo denominado de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída.

Assim, a cognição judicial, neste incidente é cindida, sendo apreciadas apenas questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto. No incidente coletivo é resolvida parte das questões que embasam a pretensão, complementando a atividade cognitiva no posterior procedimento aditivo. A efetividade do incidente coletivo é proporcional,

[42] Notícias do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 out. 2009.
[43] CABRAL, Antônio do Passo. *O novo Procedimento – Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas. Leituras Complementares de Processo Civil*. Org. Fredie Didier Junior. Bahia: Jus Podium. 2009. p. 31.

portanto, a possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos de muitas pretensões similares, e que tais questões possam ser resolvidas coletiva e uniformemente para todas as demandas individuais.

Esta idéia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitam-se problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada.[44]

Uma das soluções possíveis adotadas em outros países, é das chamadas "causas piloto" ou "processos-teste", uma ou algumas causas com similitude na sua tipicidade são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais. Assim ocorre na Inglaterra, por força da *Parts* 19.13 (b) e 19.15 das *Civil Procedure Rules*, e também encontra paralelo nos ordenamentos austríacos e espanhol. No Brasil, conforme apontado acima, foram acrescentados os artigos 543-B e 543-C no CPC, para regular o processamento de recursos piloto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recursos excepcionais com matérias idênticas.

Identifica-se neste procedimento no direito alemão o embrião do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, conforme será abordado, existem várias diferenças com o modelo adotado pelo legislador brasileiro.

6- O incidente de resolução de demandas repetitivas no PLS nº 166/10

O modelo representativo de tutela coletiva pode ser considerado um poderoso instrumento destinado a melhorar alguns pontos de crise da justiça, principalmente, os referentes ao excesso e demandas individuais repetitivas, mas, em alguns casos, se torna ineficiente, principalmente, em relação às demandas individuais de massa já em curso.

Por este motivo, vem se identificando um esforço na comunidade jurídica para tentar encontrar soluções para este ponto de estrangulamento, que conduz, em certa medida, a resultados insatisfatórios.

Neste particular, o sistema de causas piloto vem sendo testado, e no Brasil os métodos experimentados foram dirigidos aos recursos excepcionais, com as inovações

[44] Idem. p. 34.

implementadas no Código de Processo Civil pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, conforme indicado na seção 4 deste ensaio.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/10 que traz o conteúdo do Novo Código de Processo Civil, em trâmite nesta casa legislativa, tem como uma das principais bandeiras proporcionar agilidade e efetividade a prestação jurisdicional, e para isso, aposta na resolução de conflitos por intermédio de causas paradigmas com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente em tela tem previsão no texto do referido projeto nos artigos 895 a 906 e, se aprovado, passa a ser uma alternativa às ações coletivas para a resolução das demandas de massa, inspirado no incidente de coletivização do direito processual alemão.

Nesta proposta, é possível direcionar o pedido de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal, mediante requerimento das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de ofício pelo juiz ou relator, para a resolução de demandas repetitivas.

Como requisito para se admitir a instauração do procedimento, o art. 895 do PLS nº 166/10 dispõe que deve haver potencial efeito multiplicador de processos com fundamento em idêntica questão de direito, bem como a possibilidade de causar grave insegurança jurídica em decorrência do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Observa-se que a intenção do legislador é evitar que demandas que versem sobre idêntica tese jurídica fiquem sendo tratadas de modo pulverizado, com a canalização da cognição para um órgão específico.

Conforme se verifica no disposto do artigo 898 do projeto em exame, a competência para a avaliação da admissibilidade e para o julgamento seria do plenário do tribunal ou do órgão especial do Tribunal, e assim, a cognição sai da esfera da primeira instância o que pode geram alguns problemas práticos porque se dispensam prévios juízos de primeiro grau, desejáveis para que a questão de direito seja examinada de diferentes ângulos e, ainda, em razão da possível ausência de habilidade dos juízes do plenário ou do órgão especial com a matéria objeto do julgamento, já que são mais afetas as especificidades da primeira instância.

O projeto prevê a participação do Ministério Público na avaliação da admissibilidade do incidente, conforme o disposto no art. 895, § 2º, e ainda que se observe a ampla divulgação e publicidade do incidente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 896), com o intuito de permitir que órgãos de primeira

instância observem o incidente com a determinação de suspensão dos processos que tratam da mesma matéria, e ainda permitir a participação de interessados.

Ao admitir o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição, e conforme a regra do artigo 900 do PLS nº 166/10, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso de grau extraordinário a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Em seguida, as partes serão ouvidas e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na lide, tudo em conformidade com o artigo 901 do referido projeto.

Essa possibilidade de participação de pessoas interessadas na causa é salutar, pois conduz a um debate que tende a proporcionar melhor amadurecimento ao julgamento, pelos argumentos que podem ser trazidos para influenciar na análise.

É imprescindível que essa participação seja fomentada, para legitimar a decisão proferida neste incidente, uma vez que irá atingir um número muito considerável de causas, o que pode, se não se tomar esse cuidado, representar arbitrariedade.

Assim, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas tem que ser legitimada pela participação efetiva dos litigantes e de interessados, e fundamentada de modo que se legitime pelo convencimento e não pela autoridade.

Com o término do julgamento do incidente, a tese jurídica alcançada e que consta no conteúdo do acórdão deve ser aplicada aos processos que versem sobre a mesma questão de direito, de acordo com o disposto no artigo 903 do PLS nº 166/10.

Alguns problemas são identificados nesta proposta, e neste breve ensaio servem apenas como deflagradores para reflexões, mesmo por que, as regras constam como proposições em projeto de lei que tramita no Senado Federal.

As inferências são efetuadas diante de modelos similares que já se encontram em uso, que podem servir de balizadores para algumas conclusões.

Um dos pontos observados geradores de preocupação, diz respeito à ampliação cada vez maior dos poderes do Estado na atividade jurisdicional, mesmo em demandas de cunho plenamente particular, que vem conduzindo a inúmeras arbitrariedades nos julgamentos.

As decisões, nesta esteira, estão cada vez mais destituídas de fundamentos, o que leva ao total descrédito do jurisdicionado, sendo legitimada pela autoridade e não pela aceitação.

Se nas demandas individuais este fato é observado, como será no julgamento de um incidente que terá uma repercussão de grande magnitude?

Em segundo lugar, o sistema apresenta filtros sobrepostos que dificultam o jurisdicionado de recorrer da decisão, ou mesmo alegar que a causa selecionada para o julgamento no incidente é diversa da tese que veicula na sua ação, gerando um obstáculo ao pleno acesso à justiça.

Além disso, a oxigenação da tese fica comprometida, com a dificuldade que o sistema impõe neste particular, com o emprego cada vez mais contundente das súmulas dos tribunais.

Parece que este modelo de resolução de conflitos por causas piloto resolve mais o problema do Poder Judiciário do que do jurisdicionado, pois tende a eliminar processos sem, contudo eliminar o conflito.

Pensamos que todo este instrumental pode contribuir para a efetivação da prestação jurisdicional, mas deve ser amadurecido em vários pontos, e principalmente colocar o maior interessado neste resultado com possibilidade de participação.

7- Síntese conclusiva

Após as considerações esposadas neste ensaio chega-se a algumas conclusões sobre o tratamento dado às demandas individuais de massa no ordenamento processual brasileiro, que segue a tendência de outros países que adotam o modelo *civil law*.

Inicialmente, constata-se que o Brasil vem direcionando a atividade jurisdicional cada vez mais com um caráter publicista, ampliando sensivelmente os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, o que, de certa forma pode levar ao autoritarismo do Poder Judiciário.

Para que isso não aconteça, é salutar que se fomente a participação dos interessados na formação da decisão judicial, e legitimar o julgamento pelo convencimento e não pela autoridade.

Na solução dos litígios individuais de massa, o modelo representativo se mostra necessário, mas deve ser aprimorado, principalmente, com a observância do princípio da ampla divulgação das ações coletivas, como já existe de forma tímida com a criação de alguns cadastros, e ainda a criação de sistemas de vinculação adequados, como *opt out*, de sorte a impedir que demandas individuais pulverizadas continuem a tramitar sem controle.

Em relação às ações individuais de massa já em curso, a resolução por causa piloto, se mostram eficientes em outros países. No Brasil já vem surtindo alguns efeitos, como nos julgamentos dos recursos excepcionais repetitivos, porém, a realidade brasileira é diferente, haja vista o índice de litigiosidade identificado no âmbito do Poder Judiciário.

A participação nestes procedimentos também é indispensável para legitimá-los.

O incidente de coletivização de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10, pode trazer benefícios para a prestação jurisdicional mais eficiente, sob o ponto de vista da isonomia e da otimização das demandas. Contudo, deverá ser amadurecido, tendo em vista que nos dispositivos da proposta, encontram-se várias lacunas, que se não forem acomodadas, certamente provocarão arbitrariedades, tais como, a possibilidade de requerer a exclusão em virtude das peculiaridades da causa, e a efetiva participação dos interessados.

O que se sugere, neste breve ensaio é o amadurecimento de questões importantes sobre a solução de demandas de massa para que as garantias do devido processo conquistadas com grande sacrifício pela sociedade não sejam maculadas, sob a bandeira de se proporcionar eficiência na prestação jurisdicional.

Algumas posturas do Estado, não só do Poder Judiciário, mas também do próprio legislador, nos leva a concluir que modificações vem sendo implementadas para resolver o problema do excesso de processos, sem se preocupar com a solução efetiva dos conflitos, na medida em que o principal interessado tem dificuldades de participar, provocar discussões e influenciar no julgamento da causa.

Essas são principais considerações sobre o tema proposto, e conforme foi dito, o objetivo é provocar reflexões a respeito da resolução de causas repetitivas pelos instrumentos que estão ganhando espaço no ordenamento brasileiro, para que se possa contribuir para o aperfeiçoamento.

Referências

ALMEIDA. Marcelo Pereira. *A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Frietas Bastos. 2007.

ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AROCA, Juan Montero. *Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch. 2006.

ARRUDA ALVIM. Código de Processo Civil Comentado. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.

BENABENTOS, Omar Abel. *Teoria General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá. Colômbia: Editorial Temis S/A. 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. A *Nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários sistemáticos à Lei n° 12.016/09*. São Paulo: Saraiva. 2.009.

CABRAL, Antônio do Passo. *O novo Procedimento – Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas. Leituras Complementares de Processo Civil*. Org. Fredie Didier Junior. Bahia: Jus Podium. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo.* Revista de Processo n° 178. São Paulo: RT. 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 3. Bahia: Jus Podium. 2009.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes, *Curso de direito processual civil:* processo coletivo. v. 4. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. Notas para a redação de uma exposição de motivos. In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil:* processo coletivo. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 4.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo. n. 164. out./2008.

GRINOVER. Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Mandado de segurança coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada*. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva. 1981.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro. In: *Temas de Direito Processual.* São Paulo: Saraiva, 1984.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei n° 12. 016/09.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER. Ada Pellegrini *et al. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ações coletivas no direito comparado nacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *El Direito Procesal como Sistema de Garantías.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mayo-agosto. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1998.

VIGLIAR, José Marcelo M., *Ação Civil Pública,* n. 10.2. p. 105; e MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 208.

ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.* 2. ed. São Paulo: RT. 2007.

OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Stella Rangel Lourenço

Mestranda em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo: O projeto de Lei 166 de 2010 propõe introduzir um novo Código de Processo Civil em nosso sistema jurídico. A uniformização no entendimento dos Tribunais Superiores foi conferida com destaque pelos autores do referido projeto. O presente estudo tem o objetivo de pesquisar os embargos de divergência ante a evolução histórica até o sistema atual, sua importância para a uniformização e também estudar as ampliações propostas para o instituto no referido projeto.

Abstract: The Bill nº. 166 from 2010 intends to create a new Code of Civil Procedure in our law system. The reunion of precedents from the Superior Courts was especially conferred by the authors of the project. The present study aims the research of the appeals for resolution of conflict in previous case Law compared to the historical evolution until the current system, its importance to the uniformity and also to study the proposed extensions to the institute in the project.

Palavras-chave: divergência jurisprudencial – embargos de divergência – novo Código de Processo Civil.

Keywords: Jurisprudential divergence – appeals for resolution of conflict in previous case Law – new Code of Civil Procedure.

Sumário: *1. Anotações iniciais – 2. A Divergência Jurisprudencial: o papel uniformizador dos Tribunais Superiores – 3. Surgimento dos embargos de divergência – 4. Embargos de divergência e sua finalidade – 4.1 Da decisão impugnável por Embargos de Divergência – 5. Alterações no projeto de Lei 166 de 2010 referentes aos embargos de divergência – 6. Conclusão – 7. Bibliografia*

1. ANOTAÇÕES INICIAIS

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto de Lei 166 de 2010, o qual propõe introduzir um novo Código de Processo Civil em nosso ordenamento

jurídico. Em que pese as mais variadas críticas ao texto[1], diante da eminente alteração legislativa, se torna instintivo tratar sobre as determinações propostas.

Não poderia ser diferente com o sistema recursal, sem dúvida um dos maiores alvos das reformas tidas nos últimos anos, considerado o responsável pela morosidade da prestação da tutela jurisdicional.

De fato, o projeto ecoa em um só tom a importância da uniformização do entendimento nos Tribunais Superiores. É interesse público a coerência das decisões nos tribunais, pois assim se conferirá a tão perseguida segurança jurídica, a efetiva aplicação do direito para os litigantes e uma resposta igualitária para os casos análogos.

Os embargos de divergência são importante instrumento para essa uniformização. Sua existência culminou-se ante a divisão do STF em turmas, o que inevitavelmente permitia a existência de dois posicionamentos para uma mesma questão, ficando a parte vinculada ao entendimento da turma em que seu recurso caísse e não ao entendimento daquela Suprema Corte.

Diante disso, o presente estudo, ciente de suas limitações, tem por objetivo analisar o recurso dos embargos de divergência, sua evolução na história e comportamento no atual ordenamento jurídico, para então compreender sua importância no projeto.

2. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL: O PAPEL UNIFORMIZADOR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Mediante o aumento na demanda jurisdicional, na medida em que mais pessoas passaram a buscar o Poder Judiciário para solução de seus conflitos, o ordenamento jurídico passou por diversas mudanças ao longo dos anos, como meio de atender aos anseios do jurisdicionado de maneira mais célere.

[1] Louváveis autores discutem a real necessidade de um novo código de processo civil. Aos que o defendem, entendem que o CPC atual tornou-se uma colcha de retalhos e se faz necessária sua renovação. Ministro Luiz Fux, um dos membros da comissão elaboradora do projeto de Lei, declarou que o novo CPC reduzirá em até 70% o tempo de duração dos processos em contenciosos de massa, "já os processos tradicionais, pela eliminação das formalidades, nós podemos assegurar que a duração será reduzida em 50%". Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011. Citamos o entendimento de Ada Pelegrini Grinover, proferido em palestra no dia 24 de jun de 2010, nas VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, organizado pelo Ibep, na cidade de Vitória/ES. A douta doutrinadora afirma não se tratar de um novo código. Para ela, o conteúdo projeto do novo CPC não passa de reformas pontuais ou questões que a Constituição Federal já tratava, "até porque não se faz um código novo em 180 dias".

Podemos dizer que a divergência jurisprudencial foi uma questão que surgiu com a própria evolução na busca desse Direito, principalmente em um país de proporções continentais como o Brasil, com uma considerável diversidade cultural, técnica e produtiva.

A nossa estrutura judiciária conta com Tribunais Superiores ou de Cúpula que visam uniformizar o entendimento sobre o Direito nas diversas esferas, dando a resposta final para cada divergência apontada nas demais instâncias.

Todavia, o problema surge quando a divergência ocorre dentro desses Tribunais de Cúpula, de maneira que situações idênticas possam sofrer soluções diversas, fadando a prestação jurisdicional ao insucesso.

Conforme afirma Eduardo Cambi, não podemos comungar com a existência de uma jurisprudência lotérica.

> Parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, caput), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto *enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social[2].

Válido ressaltar que o problema não é a existência de divergência jurisprudencial *per si*, sob pena de se defender um direito engessado sem qualquer efetividade, o que sem dúvida não é o que propomos. A grande gama de interpretações, aliada à possibilidade de mutação do Direito é o que enriquece o debate e permite uma melhor conclusão dos julgados.

De fato, o que é lesivo é o excesso e falta de controle que tal divergência proporciona, "tornando a ação judicial um exercício de futurologia, fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja, enfim, quanto à sua final exequibilidade[3]", o que sem dúvida contribui para o desprestígio da função jurisdicional.

---

[2] CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica.* RT n. 786, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112. CONFIRMAR – MANCUSO P. 169-170.

[3] MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 260.

O atual sistema processual nos apresenta duas formas de tratar a divergência jurisprudencial: uma forma é a prevenção; a outra é a superação ou correção. O que nos importa aqui diz respeito à segunda forma de tratamento, pois os embargos de divergência são modalidade recursal que se encaixa como técnica de superação de divergência.

3. SURGIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência são considerados um importante instrumento para a parte sucumbente, na medida em que a essa lhe é permitido buscar uma nova solução para sua questão, suscitando para tanto o entendimento externado pela Corte Superior em outra situação análoga.

A origem do recurso em análise se deu em razão da divisão do STF em turmas, o que culminou em fracionar o modo de interpretar o direito em tese. Sem um mecanismo viável a coordenar as interpretações internamente, o julgamento realizado por esta Corte Suprema se tornaria uma verdadeira loteria, comprometendo a própria função jurisdicional.

Barbosa Moreira entende que a finalidade dos embargos de divergência é equiparada ao do recurso de revista vigente no código de processo civil de 1939, qual seja de uniformizar a jurisprudência interna do STJ ou STF na interpretação do direito em tese.

> Prende-se a origem desses embargos à relutância do Supremo Tribunal Federal em admitir, sob o Código de 1939, que as decisões de suas turmas comportassem impugnação mediante revista. Argumentava-se que o art. 833 daquele estatuto, referindo-se a 'Câmaras Cíveis Reunidas', tinha âmbito de incidência restrito aos tribunais estaduais, os únicos onde existia tal órgão[4].

O autor critica veementemente a solução encontrada pelo legislador, a qual acrescentou parágrafo único ao referido artigo 833, introduzido pela Lei 623 de 1949, criando uma nova figura de embargos, que em realidade possuía a mesma função do recurso de revista.

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 641.

No mesmo sentido encontrou-se Alcides de Mendonça Lima, ao entender que essa nova modalidade de embargos configurou-se por certo uma nova roupagem para o recurso de revista, agora permitido no Supremo, gerando exceções à regra geral para os dois recursos.

> Ambos os recursos, ora confundidos, passaram a ter exceção inexplicável e incompreensível. O Recurso de Embargos – porquanto cabe quando houver divergência das turmas do Supremo Tribunal Federal, o que não acontece quando a contradição fôr [sic] entre parcelas dos demais tribunais; o Recurso de Revista, por ser sempre cabível quando houver choque entre frações dos tribunais, menos quando ocorrer no Supremo Tribunal Federal. Exceções inúteis à regra geral e, sobretudo, sem sentido técnico[5].

E conclui que os "esdrúxulos" embargos não possuíam eficácia fora dos lindes da causa, "não valendo com a fôrça [sic] dos antigos assentos, nem mesmo dentro do próprio órgão, para suas duas turmas, aquêle [sic] remédio é uma inutilidade, servindo, apenas, como mais um meio de protelação e de sobrecarga para a efetiva prestação jurisdicional[6]".

Cabe destacar que o anteprojeto e o projeto de Buzaid para o Código de 1973 não trataram dessa modalidade de embargos, sendo incluídos por emenda apresentada ao Senado Federal, a qual incluiu parágrafo único ao artigo 546 ao texto[7].

A Lei 8.038 de 1990 se fez necessária, tendo em vista a edição da nova Constituição Federal de 1988. O art. 44 da referida Lei ousou por bem revogar todo o art. 546 do CPC vigente e definiu no art. 29 medida de igual suporte apenas na esfera do recém-criado STJ.

Com a revogação do art. 546 do CPC, excluiu-se a autorização legislativa de cabimento dos embargos de divergência no STF, criando apenas em sede de acórdão proferido em julgamento de recurso especial[8]. Em que pese a ausência de determinação

[5] LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 144.
[6] "Não se trata, na verdade, de unificar jurisprudência, porque a decisão fica circunscrita à espécie *sub judice*, sem qualquer reflexo oficial e legal em outro feito, mesmo igual, sujeito a julgamento de qualquer das turmas do Supremo, que ficam livres de decidir com plena autonomia, sem se submeterem ao acórdão do tribunal pleno". Op. cit. p. 145.
[7] Art. 546. O processo e o julgamento do recurso extraordinário, no STF, obedecerão ao que dispuser o respectivo regimento interno. Parágrafo único. Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário, ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário".
[8] Nesse sentido: MOREIRA, op. cit. p. 642; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno.* 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145; JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais. In* RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 14.

legal, a Suprema Corte os considerou existentes com fundamento em seu regimento interno, o qual disciplinava tal modalidade recursal em seu artigo 330[9].

Apenas com o advento da Lei 8.950 de 1994 o instituto foi adequado, estendendo-o para os casos de acórdãos do STF em recurso extraordinário, ao incluir a modalidade recursal embargos de divergência ao artigo 496 do CPC, que trata dos recursos previstos em nosso ordenamento pátrio, como também ao reformular o art. 546 do CPC[10].

O autor Oreste N. Laspro, ao tratar sobre o referido recurso objeto da análise, conclui que "é mencionado pela Lei Orgânica da Magistratura [Lei Complementar 35/79], previsto e regulamentado pelo Código de Processo Civil e tem seu procedimento estabelecido pelos Regimentos Internos do STJ (arts. 266 e 267) e STF (arts. 330 a 336) [11]".

O fato do texto do art. 546, II, não reproduzir o teor do art. 330 do RISTF, levou parte da doutrina[12] a considerar o não cabimento dos embargos de divergência em sede de agravo de instrumento pelo STF. Tal consideração será enfrentada mais adiante.

4. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUA FINALIDADE

Como até aqui exposto, o papel dos Tribunais Superiores é primar por uma devida aplicação da tutela jurisdicional ao caso concreto, de maneira coerente e uniforme para toda nação. Não podemos permitir que o princípio da isonomia seja afrontado, com tratamento diferenciado para situações análogas, o que também nem de longe significa engessar nossos Eméritos Julgadores.

[9] "Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal".
[10] "Art. 546. É embargável a decisão da turma que: I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno".
[11] LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência. In* RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.
[12] Assim entendeu Araken de Assis: "Nesta última regra [constante no art. 330 do RISTF], cabem embargos de divergência contra julgamento proferido em agravo de instrumento; consoante o art. 546, II, que lhe é posterior, só em recurso extraordinário. O conflito se resolve mediante a preponderância da norma posterior". ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 833.

Na busca dessa uniformidade de interpretação encontram-se os embargos de divergência, que são modalidade de recurso cabível contra decisão de turma em caso de recurso especial ou extraordinário, de acordo com o art. 546, CPC.

Para Athos Gusmão Carneiro, o aqui estudado recurso visa à uniformização da jurisprudência das Cortes Superiores, com fundamentação na necessidade de as partes alcançarem uma definição correta e clara das normas constitucionais e infraconstitucionais por parte desses Tribunais de Cúpula. "A 'última palavra' só pode ser uma, não admite discrepância" [13].

Flávio Cheim Jorge ao tratar sobre o tema vai além, ao compreender que a uniformização é apenas uma consequência do julgamento dos embargos de divergência e não sua razão principal.

> A razão primeira dos embargos não é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas sim permitir que a decisão a ser proferida reflita, repita-se, o entendimento do Tribunal. Significa dizer que esse recurso tem por *ratio essendi* evidenciar a real interpretação do Tribunal a respeito de uma determinada questão jurídica. A uniformização, como dito, é mera consequência de seu julgamento[14].

Sem dúvida, os embargos de divergência contribuem para uma melhor prestação jurisdicional por parte das Cortes Superiores, pois sua função não é atravancar o processo com mais uma nível de cognição, mas sim equiparar duas situações iguais com resultados distintos, para então saber qual delas será tida como a correta.

Tanto o é que os referidos embargos não possuem efeito suspensivo e consequentemente não causam prejuízo ao andamento do processo, pois não impedem a execução provisória do acórdão objeto de análise.

4.1 Da decisão impugnável por Embargos de Divergência

Uma das grandes alterações no que tange aos embargos de divergência constantes no projeto 166/2010 gira em torno da decisão impugnável por tais embargos. Para uma melhor compreensão disso, necessário se faz compreender o comportamento desses embargos por conta das já sofridas reformas processuais.

[13] Op. cit. p. 146.
[14] Op. cit. p. 16.

De fato, o art. 546, CPC, diz que serão cabíveis embargos de divergência contra decisão proferida em recurso especial ou extraordinário oriundo de *turma* (ou seção ou órgão especial para o STJ; ou plenário para o STF).

No entanto, o art. 557, CPC, com redação dada pela Lei 9.756 de 1998, ampliou sobremaneira os poderes do relator, o qual passou a julgar monocraticamente os recursos, inclusive o especial e extraordinário. Essa alteração foi suficiente para suscitar a dúvida se os embargos de divergência seriam cabíveis contra essa decisão monocrática.

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha expõem dois requisitos, que entendem objetivos, para admissão dos embargos de divergência. Para eles, o julgamento tem que ser proferido por turma e em recurso especial ou extraordinário, não sendo admissível sua utilização contra decisão isolada de relator[15].

Em contrário, encontra-se a notável análise do então Ministro do STJ Milton Luiz Pereira, logo após a alteração do art. 557 e § 1º-A, CPC, ocasião em que externou entendimento pela possibilidade de cabimento dos referidos embargos para decisão monocrática.

Para o autor, foi opção do legislador permitir ao relator julgar em substituição ao órgão colegiado, fazendo as vias deste e, com isso, tal decisão valeria como acórdão proferido por turma[16].

Em que pese tal entendimento, este não é o que prevalece no STJ ou STF. Ainda que inegável a equivalência entre as decisões do relator e da turma, "não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência um recurso de estrito direito

[15] "Então, se se tratar de julgamento de outro recurso que não seja extraordinário nem especial, não serão cabíveis os embargos de divergência. De igual modo, em se tratando de julgamento proferido por outro órgão que não seja a Turma, também não serão cabíveis os embargos de divergência". CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351.

[16] "Das considerações preestabelecidas, decifra-se que o CPC não parou no tempo. Demais, comemora-se que, se anteriormente o relator podia prover o Agravo de Instrumento e convertê-lo em recurso autônomo (art. 28, parágrafos 3º e 4º, Lei nº 8.038/90), mostrando-se contemporâneo às realidades, a nova lei processual, além de manter as mesmas regras, ungiu-o de competência exclusiva para julgar monocraticamente (arts. 120, parágrafo único, 544, parágrafos 3º e 4º e 557, parágrafo 1º, A). Na afluência dessas anotações, mesmo assegurada a intervenção do colegiado (art. 545 e parágrafo 1º, art. 557, CPC), pela viseira do sistema e valorizados os precedentes, quanto ao Recurso Especial, está inequívoco que o relator julga. E, julgando, constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva de julgado concretizado pelo colegiado. De tal sorte, no âmbito recursal, pelo alargamento da influência dos precedentes, a decisão do relator tem a equivalência do aresto edificado pelo órgão fracionário competente". PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. *In* Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000, pp. 167-173.

(excepcional), é imprescindível, para seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes à disposição das partes[17]".

O próprio art. 557, CPC, prevê agravo interno para as decisões do relator, o que nos informa que a parte deva primeiramente agravar para então, após o julgamento do referido agravo interno mediante decisão colegiada, interpor os embargos de divergência.

Aqui cabem tecer algumas ponderações. Muito se questionou sobre a possibilidade da interposição de embargos de divergência em julgamento de agravo interno proveniente de decisão de mérito do relator de recurso extraordinário ou especial.

O STF nesse ínterim editou a súmula 599, atualmente cancelada, pois considerava que em sede de julgamento de agravo interno não se resolvia o mérito do recurso extraordinário, a considerar que à época da edição da referida súmula isso de fato não era possível. O STJ seguia os mesmos passos no que tange à sua própria competência.

O tido agravo interno somente era cabível contra decisão monocrática proferida em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão de não admissibilidade de recurso extraordinário. "A matéria, portanto, objeto de discussão no agravo regimental era, apenas, o acerto ou desacerto da decisão do relator que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim, a inadmissibilidade do recurso extraordinário[18]".

Todavia, com a ampliação dos poderes do relator em poder julgar monocraticamente o mérito dos recursos, inclusive o recurso extraordinário, tal súmula começou por perder sentido, pois exigia uma interpretação literal do art. 546, CPC, divorciada da sistemática do próprio Código de Processo Civil.

Arruda Alvim, ao tratar sobre o tema, defendeu uma releitura à referida súmula, de maneira a se conferir uma interpretação sistemática e com isso se admitir o cabimento dos embargos em análise contra decisões de mérito de uma das duas turmas do Supremo quando do julgamento de agravo regimental interposto contra decisão

[17] JORGE, op. cit. p. 20.
[18] JORGE, op. cit. p. 21.

monocrática de mérito de relator de recurso extraordinário, desde que presentes os requisitos de admissibilidade[19].

O STJ foi o primeiro a compreender a necessidade de adequação da súmula 599 do STF após a alteração e, porque não, ampliação dos poderes do relator, no julgamento dos embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, n. 133.451-SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon[20].

Dessa maneira, quando a decisão da turma em sede de agravo interno visa não apenas ratificar, mas substituir a decisão monocrática, aquela equipara-se a acórdão proferido em julgamento de recurso especial, sendo considerada decisão final.

"A negativa de provimento a agravo interno interposto contra decisão singular de relator, que haja decidido de mérito, importa e vale realmente como a decisão do STF ou do STJ no recurso extraordinário ou no recurso especial[21]", razão pela qual devem ser admitidos os embargos de divergência em tais situações.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 316[22], do STJ, a qual corrobora o entendimento acima externado. Finalmente em 2007, o STF cancelou a já ultrapassada e amplamente discutida Súmula 599, passando a seguir o raciocínio adotado pelo STJ.

Se por um lado o STJ, a partir da súmula 316, evoluiu no sentido de entender cabíveis embargos de divergência contra agravo interno que diga respeito ao julgamento do recurso especial, podemos considerar que esta Corte Superior brecou com o conteúdo da súmula 315, que possui a seguinte redação: "Súmula 315. Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

---

[19] ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. *In* RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

[20] Nesse sentido o informativo de jurisprudência n. 0054, com a seguinte redação: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA N.º 599-STF. A Seção decidiu que devido às recentes reformas processuais - Leis n.º 9.139/96 e n.º 9.756/98 -, o Min. Relator no STJ passou a julgar monocraticamente o mérito do recurso especial, decisão impugnável por meio de agravo regimental, ocasião em que o órgão julgador poderá, também, rever o mérito do recurso especial. Assim, é cabível a interposição dos embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, se julgado o mérito do recurso especial em agravo de instrumento ou interposto o mesmo contra decisão monocrática do Min. Relator em recurso especial, merecendo temperamento a aplicação da Súmula n.º 599 do STF. EREsp 133.451-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/4/2000". Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

[21] CARNEIRO, op. cit. p. 157.

[22] "Súmula 316. Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial". Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

Com propriedade, Flávio Cheim Jorge suscita a dúvida extraída dessa sistemática empregada: "Ora, se o acórdão que não admite o recurso especial pode ser impugnado pelos embargos, por que também não caberiam embargos de divergência contra a decisão que, em sede de agravo de instrumento, não admite o recurso especial[23]"?

Trata-se da mesma situação ocorrida no agravo tido como regimental, pois em ambos o objetivo é atacar acórdão de turma do STJ referente a requisito de admissibilidade de recurso especial.

Salvo melhor juízo, quando o Tribunal nega provimento ao agravo porque o acórdão agravado está devidamente de acordo com o entendimento dos tribunais superiores ou a lei foi devidamente aplicada pelo tribunal de origem, o que se alcança em verdade é o real julgamento do recurso especial ou extraordinário.

> Uma de duas: ou os tribunais superiores mudam o entendimento – pacificado – de que cabem embargos de divergência contra o não conhecimento dos recursos excepcionais; ou, então, há que se evoluir no sentido de também admitirem-se os embargos contra acórdão que, em agravo de instrumento, decidiu a respeito da admissibilidade do recurso excepcional[24].

Cabe aqui destacar o cabimento de embargos de divergência contra acórdão derivado de embargos de declaração interpostos em sede de recurso extraordinário ou recurso especial. Os embargos aclaratórios são recurso interposto contra qualquer decisão, quando existir omissão, obscuridade ou contradição em seu conteúdo. De fato, o teor do julgamento dos embargos de declaração passa a integrar a decisão ora embargada.

> Isso significa dizer que não se trata nesse caso de interpor embargos de divergência contra a decisão dos embargos de declaração, mas contra a decisão do recurso especial ou extraordinário que simplesmente veio a ser complementada pelo julgamento dos embargos de declaração[25].

Importante tratar da atualidade da divergência. Os embargos de declaração apenas serão cabíveis quando ainda existente a divergência entre as turmas, até por uma razão óbvia, pois caso a matéria já tenha sido pacificada, não há conflito a ser sanado, não existindo fundamento para os ditos embargos, ou ainda quando o tribunal não mais tiver competência para a matéria.

[23] Op. cit. p. 24.
[24] JORGE, op. cit. p. 24.
[25] LASPRO, op. cit. p. 22.

É a inteligência das súmulas 158 e 168, ambas do STJ: "Súmula 158. Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada; Súmula 168. Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado[26]".

Uma dúvida ainda persiste. Seria possível o julgamento monocrático do recurso de embargos de divergência? O art. 557, do CPC, se aplica a essa modalidade recursal?

A doutrina[27], como já citado, informa que o art. 557, CPC, é aplicável a todos os recursos, o que incluiria a espécie em análise. Esse tem sido o entendimento das Cortes Superiores, ao julgarem os embargos de divergência monocraticamente independentemente da hipótese.

Enquanto ao juízo de admissibilidade, este não encontra problemas, estando devidamente de acordo com o referido artigo. O problema ocorre no juízo de mérito do recurso, o que seria permitir a possibilidade do relator modificar, isoladamente, uma decisão colegiada.

Para Flávio Cheim Jorge, deve se objetar a amplitude dos poderes do relator para julgar monocraticamente o mérito dos recursos, ou permitir o cabimento de agravo regimental para suscitar esse julgado no órgão colegiado.

"Ainda assim, ao nosso ver, mostra-se impensável que possa uma decisão monocrática substituir julgamento de um órgão colegiado. Mormente, nunca é demais repetir, quando essa decisão deva refletir o entendimento do Tribunal como um todo[28]".

5. ALTERAÇÕES NO PROJETO DE LEI 166 DE 2010 REFERENTES AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Traçado o desenvolvimento dos embargos de divergência até o sistema atual, passamos agora a tratar sobre as alterações propostas pelo projeto de Lei 166 de 2010 para tal recurso.

[26] Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.
[27] LASPRO, op. cit. p. 15.
[28] JORGE, op. cit. p. 35.

Sem sombra de dúvidas, o intuito da reforma é uniformizar o entendimento das Cortes Superiores, de modo que estas possam conferir tutela igualitária para todos os jurisdicionados.

Diferente não foi com os embargos de divergência. Podemos dizer que esses tiveram sua atuação mais adequada ao sistema, passando a cumprir um importante papel no que diz respeito a solucionar o fracionamento dos tribunais superiores.

Sua atuação foi claramente ampliada, se tornando desnecessárias as discussões sobre tipo da decisão embargada, como da decisão paradigma, se de mérito ou sobre juízo de admissibilidade, se derivadas de recursos excepcionais ou de ações originárias.

O próprio artigo 882, do Projeto de Lei 166/2010, que inaugura o Livro IV dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, trata dessa função uniformizadora dos Tribunais.

> Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:
> I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;
> II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;
> III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;
> IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;
> V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
> § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.
> § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Aqui devemos fazer uma ressalva. O texto sugerido pela comissão não continha a expressão *em princípio*, introduzida após alteração no relatório geral do Senador Valter Pereira.

Sem a pretensão de tecer maiores críticas, o texto anterior possuía melhor compreensão do que o alterado e consequentemente apresentado para votação, tendo em vista que o termo *em princípio* denota uma mera orientação não necessariamente

obrigatória, não se comportando como uma determinação legal a ser seguida pelos Tribunais de todo país.

Sem dúvida, se considerado como mero conselho, algo que não implique uma real imposição legal, a referida inovação estará fadada ao fracasso, não possuindo forças para sair das páginas de um novo, embora ineficaz, código de processo civil.

Em que pese a infeliz expressão, o artigo 882 do projeto é inovador ao informa que os tribunais "velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência", o que demonstra a iniciativa de trabalharem todos em nome de um esforço comum, qual seja, uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

O que se denota é que todas as medidas irão convergir para um denominador comum, com o intuito de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência e consequentemente alcançar o real entendimento em nossas Cortes.

O cuidado em normatizar, no inciso IV do supracitado art. 882, os princípios da legalidade e da isonomia apenas reforça tal entendimento. O nosso sistema processual encontra-se cada vez mais aproximado do *common law*, com a valorização dos precedentes em nossas Cortes, em que pese nossa origem derivar do *civil law*.

Um dado também importante, relacionado a essa nova sistemática proposta, a se destacar é sobre o incidente de uniformização, oriundo também de uma divergência jurisprudencial, assim como os embargos de divergência. Tal incidente não foi incluído no texto enviado para aprovação, como temos nos moldes do atual Código de Processo Civil.

Podemos dizer que o incidente de uniformização foi diluído e adequado ao novo sistema proposto, passando a não haver necessidade de um incidente específico para suscitar uma divergência jurisprudencial. Até mesmo porque é dever dos Tribunais velar pela uniformização de seus julgados, o que nos leva a crer que a forma que levantará a discussão já não mais importará para a solução da divergência.

É sem dúvida um grande passo para nosso sistema recursal, elevando em sobremaneira a importância do entendimento jurisprudencial, da divergência sobre o direito, não importando o meio a ser utilizado.

Todo o exposto nos leva a melhor compreender os embargos de divergência nos moldes em que se propõe no referido projeto, ao ser disciplinado pelo art. 997, que nos informa:

Art. 997. É embargável a decisão de turma que:

> I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito;
> II - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade;
> III - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;
> IV - nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial.
> § 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.
> § 2º Aplica-se, no que couber, ao recurso extraordinário e aos processos de competência do Supremo Tribunal Federal o disposto nesse artigo.

Pela leitura do artigo acima fica clara a alteração dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, ampliando em muito os meios de suscitar o enfrentamento de acórdãos conflitantes.

Na mesma esteira da uniformização, não importa o veículo que levará a controvérsia. Esta poderá partir de recurso especial ou extraordinário ou ainda nas causas de competência originária dos Tribunais Superiores. O importante é que esses Tribunais enfrentem o dissídio e decidam de maneira igualitária para todos os jurisdicionados.

Passa a não importar também se a decisão enfrentou apenas o juízo de admissibilidade ou também o juízo de mérito ou ainda decisão que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

Tais inovações tratadas no texto do projeto encaminhado para aprovação servem para catapultar os retrocessos obtidos pela Súmula 315, do STJ que, como visto, diz não serem cabíveis os embargos de divergência no âmbito de agravo de instrumento que não admite recurso especial. Pela simples leitura do inciso III do art. 997, podemos ver que esse entendimento sumular foi corretamente ultrapassado no projeto de novo código de processo civil.

Pelo mesmo fundamento estão inseridas decisões em sede de agravo interno e de embargos de declaração, o primeiro por se tratar de decisão final e os segundos por tratar de decisão que integra a decisão impugnada, como acontece em nosso sistema atual, o que demonstra a coerência da reforma no que tange aos embargos de divergência.

> As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência [de acordo com o projeto de Lei 166/2010] agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo

> Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são passíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. (...) Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores[29].

Importante destacar a desnecessidade de equivalência entre os veículos das teses confrontadas. Nesse ponto insta esclarecer que a falta de equivalência no veículo não significa que o conteúdo não deva ser equivalente.

Em outras palavras, apesar de ser possível confrontar uma tese contida em recurso especial e outra derivada de ação de competência originária, isso não isenta a parte em fazer prova de que em situação juridicamente idênticas, o preceito constitucional ou federal foi interpretado de forma divergente.

Outro ponto se refere à possibilidade de interposição de embargos de divergência contra decisões monocráticas, o que não ficou claro pelo projeto. Todavia, se não consta no texto a autorização, apesar de ampliados os poderes do relator, devemos ter uma visão restritiva a esse respeito, sob pena de desvirtuarmos a norma processual.

Não cremos ser possível a interposição dos referidos embargos de decisões monocráticas, pois isso geraria o bombardeio de embargos a cada manifestação do relator, atravancando ainda mais um sistema que, convenhamos, já se encontra absurdamente assoberbado.

Tal atitude contrariaria a própria intenção da norma ao ampliar os poderes do relator, qual seja a de diminuir a carga de trabalho para as turmas, destinando-as ao enfrentamento de questões relevantes para o direito.

Ademais, o fato de se ampliar o veículo que leve a tese a ser analisada pelos Tribunais Superiores não se traduz numa autorização para cabimento contra decisões monocráticas. A interpretação deve ser realizada sistematicamente, de acordo com os recursos existentes e poderes conferidos.

Apesar de não regulamentada, a colegialidade visa refletir o posicionamento de uma Corte, e não somente de um julgador isoladamente, razão pela qual entendemos que o projeto não autoriza esse tratamento extensivo.

[29] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

A mesma preocupação é aplicada no caso de julgamento monocrático do mérito dos embargos de divergência, modalidade que desde o ordenamento atual já vem sendo defendida.

Pelo sistema atual, o entendimento alcançado é que o relator poderia enfrentar monocraticamente não apenas o juízo de admissibilidade, mas também o juízo de mérito dos embargos de divergência, a partir da leitura do art. 557, CPC.

Quanto ao juízo de admissibilidade, não há maiores problemas, como já estudado anteriormente. A questão surge quando o julgamento enfrenta o mérito dos referidos embargos de divergência.

Pode se tornar temerária a ampliação sem critérios objetivos do poder do relator, principalmente em sede de embargos de divergência, instituto de suma importância para alcançar o entendimento da Corte como um todo sobre determinado tema.

A intenção do recurso aqui estudado é refletir o entendimento da uma Corte de modo pleno, o que nos levaria a clamar pela necessidade de uma decisão colegiada, nos garantindo o pleno debate da questão suscitada para assim fulminar a divergência.

6. CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado, o projeto de Lei 166 de 2010 altera sensivelmente o recurso dos embargos de divergência. Criticados quando de sua criação, seja pela falha de técnica do legislador seja pela falta de efetividade de seu resultado, atualmente vozes já defendem sua suma importância no sistema recursal.

Trata-se na verdade de um remédio para solucionar os problemas causados pelo fracionamento dos Tribunais Superiores, sem criar motivos para retardar o processo, pois não suspende a eficácia do acórdão embargado.

Sua função vai muito além da uniformização, esta apenas uma mera consequência do que é de fato o objetivo dos embargos de divergência de gerar uma decisão que transpareça o entendimento pleno do STF ou STJ.

Não visa transferir um entendimento de um Tribunal para outro, mas resolver suas divergências internas, alcançando uma interpretação que possa ser chamada de real entendimento daquela Corte, o que atende primordialmente ao princípio constitucional da isonomia, expresso no texto apresentado para aprovação.

Por certo, a intenção do projeto é estabelecer uma uniformização do entendimento das Cortes Superiores, de maneira que estas possam conferir tutela igualitária para todos os jurisdicionados. Nesse mesmo espírito também podem ser entendidas as alterações introduzidas para os embargos de divergência, que tiveram sua atuação ampliada ante ao atual sistema.

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência foram ampliadas, se baseando apenas na existência de teses contrapostas, independente do meio que as suscite no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Com isso, serão passíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, por decisões de mérito referentes ao juízo de admissibilidade.

Importante frisar que não se pode descartar a evolução até aqui atingida. O novo sistema deve absorver o que funciona no *velho* sistema, como a desnecessidade de equivalência entre as teses confrontadas.

Mais uma vez afirmamos que a falta de equivalência no meio que levará as teses aos Tribunais Superiores não autoriza que o conteúdo assim não o seja, isto é, cabe à parte fazer prova de que em se tratando de situações juridicamente idênticas, o preceito constitucional ou federal foi interpretado de forma divergente.

Como todo novo instituto, tudo dependerá da forma em que tais alterações serão absorvidas pelos Tribunais Superiores e a douta doutrina, de sorte que somente com o decorrer dos anos poderemos ver se a alteração proposta foi de fato bem sucedida.

7. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. *In* RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno.* 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica.* RT n. 786, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais. In* RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência. In* RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. In* Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONTRADITÓRIO (TRINÔMIO INFORMAÇÃO, REAÇÃO E CONSIDERAÇÃO) E O NOVO CPC.

Zulmar Duarte de Oliveira Junior

Advogado. Procurador Geral do Município de Imbituba. Professor do Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro de Ensino Superior Sul Brasileiro (CESULBRA).

Resumo: O princípio do contraditório assume atualmente nova dimensão, por sua ligação com o princípio da motivação, apresentando uma tríplice configuração, informação, reação e consideração. Em consequência, impõe-se que as manifestações das partes sejam consideradas pelo juiz.

Abstract: The adversarial principle now assumes a new dimension, in connection with the principle of motivation, with a triple configuration, information, reaction and consideration. Consequently it is necessary that the manifestations of the parties are considered by the judge.

Palavras-chave: Princípio do contraditório — Princípio da motivação — manifestação das partes — necessidade de consideração — decisão judicial.

Key-words: Adversarial principle — the principle of motivation — manifestation of the parties — needing for consideration — court ruling.

Sumário: 1.Apresentação. 2. Devido processo legal e alguns consectários. 3. Motivação em perspectiva. 4. Nova dimensão do contraditório (consideração) e o Novo CPC. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Apresentação.

Convém principiar pela lembrança de que o devido processo legal, uma das vigas mestras de nosso Estado Democrático de Direito, tem como ideia-motriz o contraditório[1], verdadeiro penhor de legitimidade[2] do próprio processo.

[1] Frise-se, para alguns o contraditório é a própria essência do processo: "Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em um ou mais fases, os 'interessados', em

Verdade seja, os postulados constitucionais cada vez mais, sobretudo pelo aumento na velocidade no nosso caminhar em direção a força normativa da Constituição, passam a revelar novas facetas, talvez antes eclipsadas.

Ainda, tal desenvolvimento passa pela percepção da existência de interligações, liames, autênticos vasos comunicantes, entre tais postulados, eis que enfeixados pela unidade de fim, isto é, a Carta Magna.

Justamente, o contraditório não ficou infenso a tal transformação, como há pouco diremos, deixando de ser considerado como mero fator de ordem processual, para se assumir como ideia-força do devido processo legal, como dimensão material do provimento jurisdicional[3], com profundo reflexo na motivação estruturante deste.

O projeto de Novo Código de Processo Civil (Novo CPC[4]) aceitou a novel roupagem do contraditório, dando-lhe devido tratamento e interseção com o princípio da motivação.

2. Devido processo legal e alguns consectários.

Deve ser posto em primeiro plano, o direito ao devido processo legal foi alçado à condição de fundamental pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

---

contraditório, colhemos a essência do 'processo': que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os 'interessados', isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.**"** (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33).

[2] Obra seminal sobre a legitimação pelo procedimento é a de LUHMANN. Todavia, GAJARDONI apresenta interessante desdobramento da teoria, que coincide com o resultado final do presente artigo: "O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através de as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98).

[33] "indicamos como 'provimentos' os atos com os quais os órgãos do Estado (...) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas" (FAZZALARI, op. cit., p. 32).

[4] Designaremos o projeto de Novo Código de Processo Civil, tramitando atualmente na Câmara de Deputados tombado pelo número 8046/2010 (Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf Acesso em: 19 abr. 2011) , com a expressão "Novo CPC", sendo que, em contrapartida, o atual Código de Processo Civil — lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 —, pelo rótulo "Velho CPC".

Precisamente sobre o devido processo legal, colhe-se a síntese histórica feita por OTHON SIDOU[5]:

> A magna Charta inglesa deu-lhe a configuração que as civilizações sucessivas incorporaram. No vetusto pacto de 1215 figura como law of de land, e ali está recomposto artigo 29 e no latim tardio da época: 'Nullus liber homo capiatur vel impressionatur aut disseisetur aut ultragetur aut exuletur (...) nisi per legem judicium parium suorum, vel per legem terrae.' Esta a tradução: 'Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem deportado ou exilado, (...), a não ser em virtude de julgamento legal de seus semelhantes e segundo as leis da terra'.
> A substituição da locução 'leis da terra' por 'devido processo legal', ou 'igual proteção da lei', procedeu-se na Constituição dos Estados Unidos, cujas emendas V e XIV se estendem na conceituação do termo, na primeira relacionada apenas com o direito penal.
> Todas significam a mesma coisa: processo que é justo e apropriado; que tem emprego adequado àquele dado evento; aquele que é revestido de todas as formalidades legais; em que é respeitado o contraditório entre as partes, no requerer, no falar, no provar, em suma, no ter o querelante o mesmo tratamento dispensado ao adversário.
> Na idade Contemporânea, o contraditório, que engloba, por sua definição, todos aqueles direitos das partes em juízo, deixou de ter pousada apenas nos códigos processuais para erguer-se a cânon constitucional. Sua base, portanto, em caráter particularizado, é o pacto fundamental de cada Estado-Nação, e, em caráter genérico, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, via do artigo 10, verbis: 'Toda pessoa tem direito, em condição de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.'
> Hoje, não é mais preciso definir nem pormenorizar o devido processo legal. Tal como o habeas corpus, ele é o que é. A mais recente Constituição do mundo, a da Colômbia, de 1991, prescreve apenas em seu artigo 29: 'O devido processo legal se aplicará a toda espécie de atuações judiciais e administrativas.'[6]

[5] O único reparo que deve ser feito a lição de OTHON SIDOU é de que no reinado de Eduardo, na Inglaterra, em 1534, a expressão "lei da terra", consignada na Magna Charta Libertatum — documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes históricos do constitucionalismo —, foi substituída pela expressão due process of law, ficando o dispositivo redigido nos seguintes termos: "None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisioned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law" (Tradução livre: "Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será exilado, nem será preso ou encarcerado, nem deserdado, nem condenado à morte sem que seja trazido para ser responsabilizado de acordo com o procedimento adequado ao direito"). Modernamente, a consagração do devido processo legal em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. Ainda, as dez primeiras emendas ao texto constitucional americano, designadas comumente como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15 de dezembro de 1971, sendo que estabelecia a 5ª emenda: "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". Contudo, no federalismo norte-americano, citado preceptivo somente vinculava o Governo Federal, pelo que, com a aprovação da 14ª emenda, em 21 de julho de 1868, restou estendido aos Estados-membros: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".

[6] SIDOU, Othon. **Processo civil comparado:** (histórico e contemporâneo) à luz do código do processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

Conquanto o devido processo legal tenha se afirmando como postulado constitucional, historicamente reconhecido pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, não é um valor em si mesmo, gravitando[7], melhor dizendo, eixo por onde orbitam outros postulados constitucionais, que lhe ratificam, estratificam e depuram. Entre estes satélites se inserem o contraditório e a motivação.

De ver, possibilitando a somatização do comando constitucional, a própria Carta Magna alinhou apanágios do devido processo legal, que compõem sua própria conformação, entre eles, o contraditório e a motivação.

Sobre o contraditório, estatui o artigo 5º, inciso LV, do texto permanente da Constituição da República: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Tangencialmente, a motivação encontra acolhida no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República:

> todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O reconhecimento formal por ato de hierarquia incontrastável — Constituição —, impossibilita que tanto o contraditório como a motivação sejam objeto de contraditas por normas de menor envergadura.

CANOTILHO dá relevo as características especiais da Constituição, brilho atrelado a seu processo de criação e hierarquia, pelo que dotada de autoprimazia normativa (*i*), fonte de produção jurídica (*ii*) e superioridade normativa (*iii*).[8]

Portanto, a Constituição assume uma posição verticalmente superior às demais normas jurídica[9], que se encontram no mesmo plano horizontal — acordes com sua categoria —, numa forma piramidal, pelo que a Constituição adquire força heterodeterminante.

> Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas*

[7] A alegoria sobre astros se justifica pela citação, logo mais, de trecho da obra do professor CANOTILHO, que atribui um brilho incomum a Constituição, como se esta fosse um sol.
[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional:** e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1111-1112.
[9] CANOTILHO, op. cit., p. 680.

> das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*. Como determinantes negativas, as normas constitucionais desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material.[10]

À vista disso, estabelecendo a Constituição da República a observância do contraditório e impondo a motivação do provimento jurisdicional, resta claro a imperatividade do comando, inclusive pela força normativa da Constituição[11].

A Constituição tem uma força própria, que motiva e ordena a vida do Estado, sendo ela própria uma garantia para execução dos seus preceitos, pelo que dotada de pretensão de eficácia.

Ensina HESSE: "A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia"[12].

Reafirmo, superada a concepção da existência de normas constitucionais contingentes. O ordenamento jurídico, na estrutura kelseniana[13], é visualizado do ápice para a base, com num cone, olhamos do vértice (Constituição), visualizando somente o que é apanhado pela circunferência maior, numa perfeita relação com aquele.

Em sendo assim, o exercício do Poder, inclusive o jurisdicional, deve observância ao postulado do contraditório e da motivação, em sua estreita e contínua interdependência (infra), somente se legitimado se galvanizado por atos idôneos.

---

[10] CANOTILHO, op. cit., p. 1114.

[11] "Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade, das estruturas constitucionais, possibilitam a <actualização> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência." (CANOTILHO, op. cit., p. 1189).

[12] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição:** (die normative kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 16.

[13] "Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando está fundamento de validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior. A que determina a produção é mais alta, e a produzida de modo determinado é mais baixa. O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. São Paulo: RT, 2001).

3. Motivação em perspectiva

Feito o registro, prosseguimos para averbar, o provimento jurisdicional, por ser um ato de vontade e não de imposição de vontade arbitrária, para ser legítimo, enquanto ato estatal, tem na obrigatoriedade da motivação estofo fundamental.

Assim, o ato jurisdicional, como fruto de labor intelectivo, resultado de uma operação complexa de ordem racional, histórica e crítica, que se entrecruzam, por vezes permeado de razões metalógicas (intuição)[14], deve expressar devidamente o porquê das conclusões quanto às questões de direito e de fato postas a apreciação do seu prolator.

Nesta linha de inteligência, qualquer seja a concepção sobre a natureza jurídica da motivação, como exposição histórica, como instrumento de comunicação e fonte de indícios, como discurso judicial ou como atividade crítico-cultural, o certo é que o provimento deve ser motivado[15].

Noutra angulação, não se pode perder de perspectiva, a necessidade da motivação, além do aspecto de índole subjetiva (convencer os litigantes), permite o controle crítico do decisório, isto é, a análise crítica dos horizontes do julgado.

Precisamente, a motivação constitui pressuposto indispensável à sua impugnação, porquanto é impossível para um litigante preparar os fundamentos do recurso, ou mesmo avaliar a necessidade do início do procedimento recursal, prescindindo das razões do provimento do magistrado[16].

---

[14] TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1987. p. 14.
[15] Ibidem, p. 11 e seg.
[16] "(...) um critério fundamental deve prevalecer, que é o do dever de motivação como elemento de limitação ao poder do juiz. É inerente à garantia constitucional do devido processo legal a oposição de limites ao poder estatal como um todo, que o juiz exerce sub specie jurisdictionis. Decidir sem fundamentar suficientemente é exercer o poder sem dar atenção às partes e aos órgãos superiores da Magistratura, a quem compete, pela via dos recursos que lhe chegam, examinar os motivos expostos e se pronunciar sobre eles – seja para confirmá-los, seja para repudiá-los. E isso, como chega a ser intuitivo, não só viola as exigências de motivação postas pela lei e pela Constituição, como ainda desconsidera as exigências do due process of law." (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** 4. ed. revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 1080).

Contundente a ilação de CARNELUTTI: **"**Valor da motivação é muito grande em relação ao rendimento social do processo.**"**[17]

Tangencialmente, nem se diga que a ausência de motivação estaria justificada pelo postulado do livre convencimento do magistrado — persuasão racional —, tendo em linha de conta que não se conferir o arbítrio para silenciar quanto à formação do seu convencimento.

Pelo contrário, justamente pelo magistrado não estar mais atrelado a esquemas fixos de apreciação da prova — prova legal —, impõe-se o dever de externar os motivos de suas decisões.[18][19]

Deveras, como bem observa DINAMARCO, a liberdade na formação do convencimento pelo magistrado encontra limite, mesmo racional, na sua obrigação de apresentar a motivação[20].

Nesse contexto, põe-se em evidência a questão pertinente a obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional do devido processo legal, protege a esfera de individual dos indivíduos.

Não se pode olvidar, o dever de motivação dos atos jurisdicionais é um dos mais transcendentes do direito processual civil, projetando-se, e ao mesmo tempo sendo reflexo, no direito ao contraditório e a ampla defesa, no postulado da imparcialidade e da independência do magistrado, sendo, propriamente, consectário do Estado Democrático de Direito.

Efetivamente, a exigência de motivação das decisões jurisdicionais não tem consequências meramente processuais (endoprocessuais), invadindo a própria seara da política judiciária, inserindo-se como fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional (efeito extraprocessual).

---

[17] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil:** da estrutura do processo. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2001. v. 4, p. 907.

[18] "a liberdade do juiz no desempenho da atividade jurisdicional, assentada na certeza moral, encontra exatamente na fundamentação o seu preço." (TUCCI, op. cit., p. 104).

[19] "A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, e mais, de livre apreciação" (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil:** tomo II (arts. 46 a 153). 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 410).

[20] "No Estado-de-direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel a regras procedimentais adequadas (Niklas Luhmann, Elio Fazzalari), é natural que à liberdade de formar livremente seu convencimento no processo corresponda, para o juiz, o dever de motivar suas decisões." (DINAMARCO, op. cit., p. 1077).

Demais disso, a expressa disposição constitucional sobre a motivação opera em dois planos distintos (negativo/positivo, omissão/ação), ao mesmo tempo em que impede a introdução de norma jurídica desonerando os magistrados do dever de motivar, impõe igualmente a necessidade de motivação de todo e qualquer provimento jurisdicional.

Desenganadamente, a decisão jurisdicional, por maior que seja o prestígio do seu prolator, somente se legitima pela presença e qualidade de fundamentos que lhe animem e arrimem.

A motivação não é parte meramente acessória do ato jurisdicional, constituindo propriamente o seu cimento ou, melhor dizendo, a fundação sobre o qual se assenta — motivação atada à decisão —, pelo que inexistindo aquele o provimento cai por terra.

Dito às claras e às secas, é o primado do Estado que se justifica.

É de se lembrar, como dado histórico, que a motivação dos atos jurisdicionais, como exigência ontológica, tem raiz no direito Espanhol e Português, respectivamente, no *Fuero del Libro* e nas leis gerais do reino[21].

Mais que isso, constitui uma tradição no nosso processo civil, como dá testemunho o artigo 232 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, o artigo 487 da Consolidação das leis do processo civil — Consolidação de Ribas —, e o artigo 280 do Código de Processo Civil de 1939.

Verdade seja, em 31 de março de 1824, o Ministro da Justiça Clemente Ferreira França, exarou decisão nº 78, a qual dispunha:

> Desejando S. M. o Imperador que os súbditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens promettidas na sabia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpavel a todos os litigantes : Manda o mesmo A. S., pela Secretária de Estado dos Negocios da Justiça, que os Juízes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos aggravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. Do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões ; alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar ao Conde Regedor da Casa de Supplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palácio do Rio de Janeiro em 31 de março de 1824. — Clemente Ferreira França.

[21] TUCCI, op. cit., p. 43 e seg.

Mesmo porque, parafraseando o artigo 132 do Código de Processo Civil Italiano, as decisões jurisdicionais são pronunciadas em nome do povo brasileiro, razão pela qual devem ser motivadas, inclusive, para que possam ser objeto de controle pelo quisque de populo.

4. Nova dimensão do contraditório (consideração) e o Novo CPC

Necessário se faz ressaltar, o contraditório, em primeva percepção, tinha acepção meramente utilitarista, como fator processual, a impor simplesmente a bilateralidade da audiência.

Noutros termos, pressuponha tão somente a oportunidade dos litigantes serem informados e reagirem contra fatos processuais, do que se cunhou o binômio informação-reação, considerando o primeiro termo absolutamente imprescindível, enquanto o segundo ficava ao alvitre das partes[22].

Sem sombra de dúvidas, esta concepção meramente procedimental do contraditório norteou sua recepção em diversos ordenamentos processuais.

À guisa de exemplo, colhe-se a primeira parte do artigo 16 do Código de Processo Civil Francês (noveau côde de procédure civile): "o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório".

À sua vez, transcreve-se do Código de Processo Civil Português:

> o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem. (artigo 3º, 3).

Na mesma linha, o Código de Processo Civil italiano:

> Princípio do contraditório – Salvo se a lei dispuser outra coisa, o julgador não poderá estatuir sobre nenhuma demanda, se a parte contra a que se propuser não tiver sido citada em regra e não tiver comparecido. (artigo 101).

[22] "O contraditório traduz-se no binômio informação-reação, sendo relevante a observação de que a primeira é sempre necessária, sob pena de provocar a nulidade dos atos e termos do processo e tornar ilegítimo o provimento final, e a segunda é apenas possível". **(**LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: **Garantia constitucionais do processo civil:** homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT. p. 105). Obviamente, muitos já enxergavam na dimensão reação a existência de um dever de consideração, o que não nos impede de assentar sua independência, ainda que em realce de sua importância.

O Código de Processo Civil pátrio vigente é claro: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: I- assegurar as partes igualdade de tratamento; (...)" (CPC, artigo 125, inciso I).

Ora bem, embora algumas dessas disposições sejam avançadas, mormente ao impedir a cognição de matéria *ex officio* sem a prévia manifestação das partes, ficam aquém no disciplinamento do contraditório, na exata medida em que olvidam sua dimensão material, isto é, a imposição de consideração dos argumentos apresentados.

Fixemos neste ponto, o contraditório atualmente estreita sua relação com a motivação do provimento, emancipando-se da mera condição de ato necessário a sua emanação, para passar a participar ativamente na conformação do provimento jurisdicional.

A manifestação das partes, enquanto expressiva da realização do contraditório, não é mais simplesmente um ato procedimental, compondo também a motivação do provimento, transformando-se num dos itens do epílogo jurisdicional.

Ora bem, não se compraz o contraditório com a mera possibilidade procedimental de apresentação da manifestação antes do provimento jurisdicional, como simples ato processual antecedente.

A questão do contraditório não se resolve pelo momento de sua realização, mera topologia procedimental, mas sim na eficácia da participação, isto é, na real potencialidade de influência no resultado do provimento jurisdicional — contraditório útil, como agudamente consignou GAJARDONI[23].

Reforce-se, o contraditório, além de anteceder, deve ser capaz de ecoar no provimento jurisdicional, na motivação deste, ainda que os argumentos apresentados recebam a tarja da rejeição.

Nesse modo de ver a proposição, o contraditório se estratifica em **informação** — comunicação das partes sobre determinado fato processual —, **reação** — faculdade das partes apresentarem manifestação sobre o fato processual —, e, necessariamente, **consideração**, esta última atrelada à imprescindibilidade do provimento jurisdicional enfrentar os argumentos apresentados pelas partes em sua reação.

Portanto, o contraditório se resolve no trinômio informação/reação/consideração, tudo a impor no desenrolar do procedimento o direito das partes apresentarem

[23] GAJARDONI, op. cit., p. 98.

manifestação sobre elementos que aportem nos autos e, principalmente, verem tais elementos considerados pelo órgão julgador.

Em virtude disso, norteia todo o procedimento o princípio da dialeticidade[24], do paralelismo, da paridade de armas, tendo em vista que se veicula pretensão (tese), que é contraposta pela resposta (antítese), donde redunda a decisão (síntese), cujo resultado deve espelhar e refletir o confronto entre a tese e a antítese[25].

Neste pensar, o contraditório — esse em seu desdobramento informação-reação-consideração —, deve ser observado em todo e qualquer arco procedimental, ultrapassando o momento inicial de contraposição à demanda, protraindo seus efeitos por todas as fases processuais.[26]

Aliás, nesse último elemento do trinômio (consideração), verifica-se a ligação do contraditório com o postulado da motivação, no que esta não pode prescindir dos elementos aportados pela manifestação das partes.

Nesse compasso, só uma leitura compreensiva do contraditório, interligando-o com o princípio da motivação, prestigia a dicção constitucional, assegurando sua força normativa.

O contraditório, para ser efetivo, encontra na motivação sua razão última, seu fecho final. Aquele não se compraz mais no binômio informação-reação, mas sim no trinômio informação-reação-consideração. A situação é absolutamente interessante, a dependência do magistrado a iniciativa das partes, no aportar as questões a serem examinadas, persiste na obrigação de lhes dar a devida atenção.

Presente esse elo, só uma leitura conglobante do contraditório com a motivação, donde se extrai a tríplice configuração do primeiro (consideração), prestigia a norma constitucional.

---

[24] CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual civil:** estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 224.

[25] "Em uma perspectiva jurídico-política, a garantia do contraditório implica a adoção do método dialético na busca racional da verdade controvertida, visando disciplinar internamente as forças inerentes ao processo com um controle bilateral e recíproco dos riscos e também dos abusos, quanto à utilização dos instrumentos processuais disponíveis a ambas as partes, visando, ao final, a obtenção de uma decisão justa, que, além de resolver o conflito de interesses, possa contribuir para legitimar o exercício da jurisdição perante a sociedade" (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: RT, 2001. p. 127).

[26] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: Garantia constitucionais do processo civil, op. cit..

Vale lembrar, presente vontade de constituição, existindo pressupostos realizáveis, sempre se deve primar por calibre exegético que otimize as normas constitucionais — princípio da ótima concretização da norma.

Mais uma vez, transcreve-se o ensinamento de HESSE:

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservar provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).[27]

Demais disso, não pode a hermenêutica[28] constitucional, no que desvela o sentido e alcance das normas constitucionais[29], ficar alheia a esta nova face do poliédrico conceito do contraditório.

Tanto é assim, que nossa Suprema Corte, confrontando precedentes do direito comparado — ainda que fixados no princípio da pretensão da tutela jurídica (acolhido no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Constituição) —, assentou em precedente de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

> Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas

[27] HESSE, op. cit., p. 19.
[28] Sobre a importância da hermenêutica constitucional, estatui HESSE: "b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominado vontade de Constituição (Wiile zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda." (HESSE, op. cit., p. 22).
[29] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

> administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).[30]

Transcreve-se, por absolutamente oportuno, excerto do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

> Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5o, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte -Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIGi. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97).

Daí porque o projeto de Novo CPC estabeleceu contundentemente:

> Art. 476. São requisitos essenciais da sentença:
> I - o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

[30] MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.
> Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:
> I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;
> II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.(sublinhamos).

Como se observa no trecho posto em relevo, o Novo CPC pré-exclui a fundamentação de provimento jurisdicional que não examine os argumentos deduzidos no processo, desde que suficientes a ilidir as suas conclusões.

Em palavras mais sinceras, senão diretas, considera-se despida de motivação o provimento jurisdicional que não tenha cotejado os argumentos oportunamente apresentados pelas partes, isto é, que não tenha *considerado* a *reação* resultante da *informação* (contraditório).

Em sendo assim, o Novo CPC conecta o princípio da motivação ao contraditório em sua tríplice configuração (informação, reação e consideração), atrelando a validez daquela a observância do último.

Pois bem, o projeto do Novo CPC se adequa perfeitamente as novas exigências do contraditório, notadamente na sua correlação com a motivação, no seu trinômio conformador — informação-reação-consideração —, no que merece nossos encômios.

5. Considerações finais.

Em síntese, um novo olhar constitucional impõe a percepção de que o contraditório sozinho faz pouco, razão porque necessário trazer à luz sua correlação com os demais postulados constitucionais.

Desse verdadeiro amálgama, conclui-se que o contraditório, na sua interpelação com a motivação, assume feição tríplice, um trinômio, composta pelos termos informação/reação/consideração.

Não basta, nem muito menos satisfaz, ao contraditório o direito da parte ser informada e reagir frente a determinado fato processual, importante assegurar que sua reação será considerada.

Destarte, anda bem o projeto de Novo CPC ao explicitar tal ligação, estatuindo a necessidade da motivação considerar o resultado do contraditório, sob pena de desvalia do provimento jurisdicional.

6. Referências.

CALAMANDREI, Piero. Direito Processual civil: estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional: e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil: da estrutura do processo. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2001. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual civil. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição: (die normative kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: RT, 2001

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: Garantia constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997

MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil: tomo II (arts. 46 a 153). 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: Garantia constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998.

SIDOU, Othon. Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código do processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

SEGUNDA PARTE

TEMAS GERAIS

REPERCUSSÃO GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

Alexandre Fernandes Dantas

Advogado e pesquisador, associado ao CONPEDI, pós-graduado latu sensu em Direito e Gestão da Segurança Pública pelo PPGD/UGF e mestre em direito pelo PPGD/UGF/RJ.

> Da essência e de toda a natureza do problema da democracia em geral podemos deduzir que uma democracia perfeita é apenas um ideal, a que sempre buscamos e de que apenas nos aproximamos. A democracia sempre se está transformando e aperfeiçoando. Mas ela deve ser sempre defendida e garantida contra o egoísmo humano, contra a paixão humana, contra a ignorância e a vontade que alguns têm de dominar os outros. (Edvard Beneš. *Democracia de hoje e de amanhã*. p. 240)

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 proscênio atual, dando relevância à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A metodologia utilizada foi a pesquisa de campo, indo ao Supremo Tribunal Federal, legislativa, bibliográfica e consultiva ao sítio eletrônico do STF.

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 proscenium, giving relevance to the American Convention about Human Rights. The methodology used was the field research, going to the Supreme Federal Tribunal, bibliography and consultative at the STF's site.

Palavras-chave: Repercussão geral; direitos humanos; Supremo; legislação apropositada.

Key-words: General repercussion; human rights; Supreme; appropriate legislation.

Sumário: 1.Introdução; 2. Repercussão geral; 2.1. Definição e funcionamento; 2.1.1.Nos tribunais e turmas recursais de origem; 2.1.2.Coletânea de decisões originadas

de sessões judiciais e administrativas; 2.2.Objeto revelado; 3. Atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos fundamentais; 3.1.Recurso extraordinário nº. 562.051; 4. O pacto; 5. Conclusão; Bibliografia.

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 vizinhos[1], 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 Supremo,[2] somente um processo[3] envolvendo direitos humanos[4] 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 estabeleceu posição de que o §3º do art. 5º da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 (novo método para aprovação de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos), confere status de norma constitucional a tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Destarte,

[1] Por exemplo: RE 91659 julgado em 1983, HC 82895 julgado em e 2003.
[2] Disponível em ‹http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudenciaRepercussao.asp› Acesso em 06 de agosto de 2009.
[3] 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.
[4] RE/562051 julgado em 16/06/2009.

utilizando-se a distinção feita por Pérez Luño[5], 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 atípicos"[6], ou seja, direitos humanos que não estão positivados na Constituição nacional, mas que são reconhecidos como tal.

Em dezembro de 2008 o STF firmou o entendimento[7] que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados antes da EC 45/2004 são normas supralegais e infraconstitucionais, ou seja, valem menos que a CF e mais que Lei ordinária. Desse modo, como a prisão do depositário infiel só se instrumentaliza através do CPC (lei ordinária), não há mais base legal para esse tipo de prisão civil.[8]

Assim, somente os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados após a EC 45/2004 podem ser classificados como direitos fundamentais atípicos, ou seja, com força de norma constitucional mesmo não estando expresso no texto constitucional.

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 proscênio atual.

---

[5] PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitucion*, 5ª ed., Editora Madrid: Tecnos, 1995. p. 521.

[6] GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os Direitos Fundamentais Atípicos. Aequitas Editorial Noticias, 1995.

[7] Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.) No mesmo sentido: HC 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-6-2009, DJE de 15-6-2009; RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.

[8] Em Sessão Plenária de 16/12/2009 aprovou a Súmula Vinculante 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". Publicada no DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1.

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 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 Cézar Peluso).

B) 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 Plenário[9].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.

1.2 – OBJETIVO REVELADO

[9] Pode ser virtual ou presencial.

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.[10]

Diminuir o número de processos recebidos pelo STF[11], 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 consequente reconhecimento do papel central do Homem dentro da Constituição, bem como, da posição cardial do Homem no Estado Democrático de Direito.

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

[10] Finalidade do instituto Repercussão Geral prospectada no sítio eletrônico do STF. Disponível em ‹www.stf.jus.br› Acesso em 20/07/2009.
[11] Segundo dados da revista VEJA, edição 2122 – ano 42 - n º 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%.

da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade."[12]

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".[13]

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 proscênio 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,[14] com a devida obediência pelo princípio do Juiz Natural, foi acatado pelo Supremo.[15]

Atualmente o STF tem seguido na defesa dos direito 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 Nogueira[16] que em sua obra de sistemas judiciais aduz que:

[12] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Safe, 2003. v. III.
[13] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p.157.
[14] *RTJ* 99/790.
[15] STF - 1ª T - HC nº 69.601/SP - Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377.
[16] NOGUEIRA, Alberto. Sistemas Judiciais das Liberdades Públicas, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 468.

> 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.

A discussão é de onde vêm os direitos humanos: de dentro do Estado para fora ou de fora para dentro do Estado[17]. O STF consolidou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem ratificados pelo Brasil, possuem a categoria de norma supralegal.[18]

2.1 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº. 562.051

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 certo[19], pois aqueles, já trazem consigo o caráter geral que transcende os limites da causa.

---

[17] 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, acrescendo 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.

[18] 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.

[19] 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.

No RE/562051 especificamente, o direito humano em questão é o da liberdade física das pessoas[20]. 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.
> ...
> 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 5º[21], 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

Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.")

[20] 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."

[21] 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:"

A Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamda 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 Interamenricana 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 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 humanos[22], o direito superior (ligado à dignidade humana). A 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 Bernadino 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".

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 visualizadas[23]. 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. As dúvidas doutrinárias surgidas pelo fato do mecanismo da repercussão geral ser novel[24] já estão sendo solucionadas pelas decisões do nosso Órgão máximo do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

[22] 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. 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."

[23] Há um *link* para visualizar a manifestação.

[24] Delimitação temporal da incidência do novo regime – 3 de maio de 2007.

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

BENES, Edvard. Democracia de hoje e de amanhã. Tradução Jiri Reiszman. Título original: *Demokracie dnes a zitra*. Rio de Janeiro: Calvino, 1945.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8ª edição revista e atualizada até a EC n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os Direitos Fundamentais Atípicos. Aequitas Editorial Noticias, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Alberto. Sistemas Judiciais das Liberdades Públicas, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de derecho y constitucion, 5ª ed., Editora Madrid: Tecnos, 1995.

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.

STF. Sítio eletrônico Disponível em ‹www.stf.jus.br› Acesso em 20/03/2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. III. Porto Alegre: Safe, 2003.

VEJA, edição 2122 – ano 42 - n º 29. São Paulo: Abril, 22 de julho de 2009.

A LUTA CONTRA O TEMPO NOS PROCESSOS JUDICIAIS: UM PROBLEMA AINDA À BUSCA DE UMA SOLUÇÃO

André Vasconcelos Roque

Doutorando e mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Association of the Bar of the City of New York. *Advogado e consultor no Rio de Janeiro.*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a luta secular contra a morosidade na resolução dos processos judiciais, suas múltiplas causas e alguns de seus efeitos. Ao final, são apresentadas algumas propostas para um melhor equacionamento da gestão do tempo nos processos, destacando a importância na adoção de técnicas de gerenciamento, preferivelmente de maneira organizada pelos tribunais, a fim de efetivar a promessa constitucional da duração razoável do processo.

Abstract: This article aims to discuss the secular fight against delays in resolving court cases, their multiple causes and some of their effects. Finally, some proposals for a better time management in judicial proceedings are presented, highlighting the importance of adopting case management techniques, preferably in an organized way by the courts in order to implement the constitutional promise of reasonable duration of proceedings.

Palavras-chave: Duração razoável do processo - Efetividade - Processo civil.

Keywords: Reasonable duration of proceedings – effectiveness - civil procedure.

Sumário: 1. A promessa de duração razoável do processo e a luta contra o tempo; 2. Generalismo e precipitação: as conseqüências da falta de uma análise qualitativa do tempo no processo; 3. Algumas propostas para um melhor equacionamento do tempo no processo e a importância das técnicas de gerenciamento; 4. Referências bibliográficas.

1. A promessa de duração razoável do processo e a luta contra o tempo

A noção do que consiste o tempo é algo que sempre desafiou a compreensão do homem. Desde a Antiguidade Clássica até os dias atuais, o tempo é assunto de discussão encontrado em praticamente todos os ramos do conhecimento humano, sob os mais variados e diferenciados aspectos.

Uma das principais dificuldades encontradas nas discussões sobre o tempo é que o seu conceito não é unívoco[1], nem mesmo nas chamadas ciências exatas. Com efeito, no campo da física, a teoria da relatividade de Einstein representou a derrocada da ideia de um tempo absoluto, universal para todos. Como bem explicam Stephen Hawking e Leonard Mlodinov, até o início do século XX, acreditava-se que cada evento poderia ser rotulado por um número denominado "tempo", de uma maneira única. No entanto, a descoberta de que a velocidade da luz era igual para todo observador, não importando como ele movesse, levou ao abandono da concepção de que existia um tempo absoluto único. Cada observador, de acordo com a teoria da relatividade, teria sua própria medida de tempo[2]. Consequentemente, o tempo tornou-se um conceito mais pessoal, relativo ao observador que o media[3].

No âmbito jurídico, ao contrário do que se poderia supor, a morosidade da prestação jurisdicional não é fenômeno novo, resultado das sociedades industrializadas do século XX ou da massificação das relações sociais. Da mesma forma, não se trata de problema exclusivo do direito processual brasileiro.

A luta obstinada do processo contra o tempo vem atravessando gerações, desde a Antiguidade até os dias atuais. Apenas para ilustrar tal afirmação, conforme anota Luigi Comoglio, durante o reinado de Justiniano (século VI), foram promulgadas leis que já tinham por finalidade reduzir o tempo de administração da justiça[4]. Da mesma forma, no início do século XIV, sob o pontificado de Clemente V, foi editada a bula papal *Clementina Saepe*, criando uma espécie de procedimento sumário indeterminado para acelerar o julgamento de determinadas causas pelos tribunais eclesiásticos[5]. No século

[1] Entre muitos outros, v. QUY, Nguyen Huy, Time, Temporal Capability, and Planned Change, *Academy of Management Review*, v. 26, Oct. 2001, p. 602.
[2] Nesse sentido, HAWKING, Stephen; MLODINOV, Leonard. *Uma nova história do tempo*. Trad. Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 108. V. tb. KAKU, Michio. *Mundos paralelos*: uma jornada através da criação, das dimensões superiores e do futuro do cosmo. Trad. Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 45.
[3] A relatividade do tempo nas relações humanas foi imortalizada em belíssima declaração de Jorge Luis Borges, escritor argentino: "Estar com você ou não estar com você é a medida do meu tempo".
[4] Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo, Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela, *Revista de Processo*, v. 151, set. 2007, p. 73, nota 2.
[5] V. RODRIGUES, Walter dos Santos, A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, jan./dez.2008, p. 320/321 e, de forma mais ampla, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34/35, referindo-se à *Clementina Saepe* como um "sistema procedimental totalmente novo".

XIX, na Inglaterra, uma das principais fontes de insatisfação com o Poder Judiciário estava justamente na excessiva demora para a resolução dos litígios[6].

É verdade que, nos dias de hoje, em que se observa a aceleração do tempo pela intensificação dos fluxos de pessoas, de bens e de informações, a morosidade secular na solução dos conflitos submetidos ao Judiciário tornou-se insuportável. A pendência do estado de incerteza enquanto não se decide um processo judicial incrementa os custos de transação, podendo prejudicar ou inviabilizar determinadas atividades e negócios, comprometendo ainda o desenvolvimento econômico[7-8].

Ademais, a própria evolução da ciência processual, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, levou a doutrina a se preocupar com um valor fundamental, qual seja, a efetividade do processo. Se no século XIX a preocupação dos grandes estudos sobre o processo consistia em conceituar seus pressupostos, seu objeto e seu método, a partir do século XX, temas como a garantia de acesso à justiça e a instrumentalidade da tutela jurisdicional passaram a ocupar lugar de destaque[9]. O tempo do processo toma o seu lugar dentro da ciência processual, influindo sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo, destinado a realizar concretamente os valores e os princípios consagrados na Constituição[10].

Por todos esses fatores é que às vezes se tem a impressão – equivocada – de que a morosidade do processo teria surgido recentemente.

---

[6] V. CHRISTOPHER, Charles Synge. Progress in Administration of Justice during the Victorian Period. In: *Select Essays in Anglo-American Legal History*. Boston: Little, Brown and Co., 1907, v. I, p. 520.

[7] Entre outros, CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114/118 (destacando estudo de Armando Castelar Pinheiro, chefe do Departamento Econômico do BNDES, no qual se estimou que a ineficiência do serviço judiciário chega a reduzir o desenvolvimento de um país em, no mínimo, quinze por cento).

[8] Por isso mesmo é que, em uma tentativa de reduzir o espaço para custos de transação inesperados, vem se observando significativo aumento do número de contratos com cláusula compromissória, a fim de que eventuais litígios sejam resolvidos pela via arbitral, na qual as partes poderão determinar o prazo máximo de solução da controvérsia. Sobre as relações entre arbitragem e redução de custos de transação, entre outros, PINTO, José Emílio Nunes, A cláusula compromissória à luz do Código Civil, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4, jan./mar. 2005, p. 40 e ss.; PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof, A economia da arbitragem: escolha racional e criação de valor *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil* – Aspectos jurídicos relevantes, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74/85 e JOBIM, Eduardo, A arbitragem, os contratos e a interpretação econômica do direito e das organizações *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), cit., p. 133/140.

[9] V. THEODORO JR., Humberto, *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*. Insuficiência da reforma das leis processual, p. 3/4. Disponível em www.abdpc.org.br (acessado em 23/12/2010).

[10] V. MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 16.

Outra percepção errônea sobre a excessiva duração dos processos judiciais é que se trataria de problema exclusivamente brasileiro[11]. Um leitor habituado a enxergar nos países europeus padrão insuperável de eficiência provavelmente ficaria espantado com alguns dados. Na Inglaterra, por exemplo, o prefácio das *Civil Procedure Rules* de 1999 faz referência à "*widespread public dissatisfaction with the delay, expense, complexity and uncertainty of pursuing cases through the civil courts*". É sintomático que a demora (*delay*) figure em primeiro lugar na lista. Da mesma forma, na Itália, uma mensagem encaminhada pelo Ministro da Justiça à Câmara dos Deputados, defendendo um dos projetos de reforma processual naquele país, sustenta que *"il 90 % degli italiani, lo dice un'indagine del Censis di qualche tempo fa, boccia la giustizia, considerandola lenta, costosa ed iniqua"*. Novamente, a lentidão aparece em primeiro lugar da lista[12]. No mesmo sentido, renomado processualista japonês assevera que, em seu país, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1996, era comum que um processo se arrastasse por mais de uma década até ser julgado pela Corte Suprema[13].

Não por outro motivo, devido à alarmante lentidão verificada na justiça de vários países, o direito a um processo sem dilações indevidas está consagrado em diversos textos legislativos. O primeiro diploma legal que reconheceu tal direito foi a *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, subscrita em Roma (1950), cujo art. 6º, I, prescreve que:

> Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.[14]

[11] No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2/3.

[12] A propósito, informa um dos principais processualistas italianos que *"the most important, not to say tragic, problem of Italian civil justice is that justice is often awfully delayed, which means that it is frequently denied. This is not just a problem: this is a disaster. (...) The fact that such a situation is not new, and has long history, is not an answer: it just makes the disaster worse"*. V. TARUFFO, Michele. Recent and current reforms of civil procedure in Italy. In: TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo. (Org.) *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 217. Como informado no mesmo artigo (p. 223), a Itália foi o país da União Européia com o maior número de condenações da Corte Européia de Direitos Humanos por danos causados pela dilação indevida dos processos: apenas em 2002, foram nada menos que 289 condenações. A situação chegou a tal ponto que, de acordo com CHIARLONI, Sergio, Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. II, 2000, p. 453, corre-se o risco de se chegar a um resultado paradoxal: o congestionamento da própria Corte Européia de Direitos Humanos, que não será mais capaz de julgar em prazo razoável os seus processos...

[13] V. TANIGUCHI, Yasuchei. The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A procedure for the coming century?, *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997, p. 767.

[14] V. CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 67.

A edição dessa convenção ensejou fecunda elaboração sobre o conteúdo jurídico do direito a um processo em prazo razoável e os critérios empíricos para a verificação da existência de dilações indevidas, sobretudo no âmbito da Corte Européia de Direitos Humanos. De acordo com precedentes dessa Corte, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para a duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional[15]. A violação a este direito previsto na convenção pode ensejar a responsabilização do Estado perante a Corte Européia e a sua condenação ao pagamento de uma indenização, inclusive a título de danos morais, em favor da parte prejudicada pela dilação indevida do processo[16].

Outro antecedente normativo muito importante sobre o assunto foi a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969. No dia 26 de maio de 1992, tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sendo depositada a Carta de Adesão ao pacto em 25 de setembro do mesmo ano. Com a publicação do Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992, a convenção foi definitivamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. O art. 8º, 1 do Pacto de San José da Costa Rica consagra o direito á razoável duração do processo nos seguintes termos:

> Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...)[17]

[15] Sobre o tema, entre outros, v. CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 68; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 1, p. 54. Em NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 315, o autor propõe mais um quarto critério: a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa. Para um maior detalhamento dos critérios adotados pela Corte Européia de Direitos Humanos, RODRIGUES, Walter dos Santos, cit., p. 329/331.

[16] Nesse sentido, há importante precedente da Corte Européia de Direitos Humanos de 25 de junho de 1987, no qual o Estado italiano foi condenado a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país a título de danos morais, sob o fundamento de que a dilação indevida do processo ensejou estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda. Uma versão traduzida para o português pode ser encontrada em CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 69/75 e em CRUZ E TUCCI, José Rogério, Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) *in* ASSIS, Araken de *et al.* (Coord.). *Direito Civil e Processo* – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1079/1081.

[17] V. CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 80. Para NERY JR., Nelson, cit., p. 311/312, a preocupação principal do Pacto de San José da Costa Rica consistiu em dar tramitação célere à ouvida de quem é preso e, em tese, sujeito a um processo penal. Assim, a duração razoável prevista na convenção, em princípio, estaria

Embora estes sejam os dois textos supranacionais mais relatados em doutrina, outros documentos importantes igualmente estabeleceram o direito à razoável duração do processo, tais como o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* de 1966[18], adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 226/91 e promulgado pelo Decreto n.º 592/92 e a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* de 1981[19].

Da mesma forma, diversos países consagraram em seus ordenamentos jurídicos o direito a um processo sem dilações indevidas. A título de exemplo, cumpre citar o art. 111 da Constituição italiana; o art. 20, 4 e 5 da Constituição portuguesa; o art. 24, 2 da Constituição espanhola; o art. 11, *b* da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades; o art. 43 da Constituição argentina; o art. 86 da Constituição colombiana e o art. 115, II da Constituição boliviana de 2009. Em nível infraconstitucional, entre outros diplomas sobre a matéria, destaque-se a *Legge Pinto* italiana (Lei nº 89, de 24 de março de 2001), que alterou o art. 375 do *Codice di Procedura Civile* e criou a ação de indenização por *equa riparazione* dos danos causados pela dilação indevida do processo[20], incorporando os

dirigida ao processo penal. No entanto, o referido autor sustenta que os direitos humanos e fundamentais devem receber interpretação ampliativa, aliada ao método da interpretação sistemática, de modo que a garantia da duração razoável do processo incide também no processo judicial civil e também no processo administrativo.

[18] V. art. 9º, § 3º: "§ 3º Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e *terá o direito de ser julgada em prazo razoável* ou de ser posta em liberdade" e art. 14, § 3º: "§3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) *a ser julgada sem dilações indevidas*;"

[19] V. art. 7º, 1: "Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: (...) d) *o direito de ser julgado em um prazo razoável* por um tribunal imparcial".

[20] Um dos fatores que ensejaram a edição da referida lei, conforme aponta a doutrina, foram as reiteradas condenações da Itália na Corte Européia de Direitos Humanos, por violação do direito a um processo sem dilações indevidas, o que chegou até a ameaçar de suspensão o direito de voto da Itália no Conselho da Europa. Sobre o tema, v. SCHENK, Leonardo Faria, Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, jan./dez. 2008, p. 194 (disponível em http://www.redp.com.br, acessado em 20/1/2011 e ampla bibliografia relacionada em DIDONE, Antonio, La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, v. I, p. 193/194, nota 1.

critérios da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos[21]. A preocupação com a duração razoável do processo é uma tendência mundial[22].

No ordenamento jurídico brasileiro, embora o texto original da Constituição de 1988 não tenha consagrado de forma expressa o direito à razoável duração do processo, já se defendia em doutrina tratar-se de direito fundamental existente no direito pátrio, seja em decorrência da incorporação do Pacto de San José da Costa Rica em 1992[23] ou por conta de um amplo conceito de acesso à justiça[24] ou, ainda, mediante interpretação ampliativa do princípio do devido processo legal[25].

De todo modo, embora os argumentos invocados pela doutrina fossem bastante consistentes, tendo em vista sobretudo a norma contida no art. 5º, § 2º da Lei Magna, segundo a qual os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil for parte, tal discussão hoje está superada. A Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário) incluiu o inciso LXXVII no art. 5º da Constituição, dispondo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Mesmo antes dessa Emenda Constitucional, todavia, o legislador processual já vinha travando dura batalha contra o tempo. As alterações promovidas no Código de Processo Civil, destinadas muitas vezes a combater a morosidade na administração da justiça, aceleraram-se a partir da Lei nº 8.952/94, que generalizou a antecipação dos efeitos da tutela e privilegiou a execução específica das obrigações de fazer no bojo do próprio processo de conhecimento. Exemplos de reformas relacionadas à luta contra o tempo do

[21] V. art. 2º, 2 da *Legge Pinto*: "*2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonchè quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione*". Em tradução livre do autor: 2. Para apurar a violação [ao direito a um processo sem dilações indevidas], o juiz leva em consideração a complexidade do caso e, em relação à mesma, o comportamento das partes e do juiz do processo, bem como o de qualquer outra autoridade chamada a cooperar ou a contribuir, de qualquer forma, para a sua definição.

[22] Para reforçar ainda mais tal constatação, cumpre trazer a exposição de Roger Perrot sobre as reformas processuais na França: "*Não é exagero dizer – e é o que desejaríamos agora mostrar – que todas as mais importantes reformas processuais francesas têm sido ditadas por uma única e mesma preocupação: a da aceleração da Justiça*". V. PERROT, Roger, O processo civil francês na véspera do século XX, trad. José Carlos Barbosa Moreira, *Revista de Processo*, n. 91, jul./set. 1998, p. 206.

[23] Entendimento adotado, por exemplo, por GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 83.

[24] Nesse sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca, Reflexos do tempo no direito processual civil, *Revista de Processo*, v. 153, nov. 2007, p. 108; NERY JR, Nelson, cit., p. 311.

[25] V. CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 87, embora enfatizando também a incidência das normas do Pacto de San José da Costa Rica.

processo, entre outras, são as Leis nº 9.139/95 (modificando a disciplina do agravo e permitindo a sua interposição na modalidade por instrumento diretamente no tribunal); 9.245/95 (alterando dispositivos do antigo procedimento sumaríssimo, a partir de então denominado sumário); 10.352/01 (alterando alguns dispositivos referentes ao reexame necessário e à sistemática dos recursos para imprimir maior celeridade aos processos); 10.444/02 (alterando dispositivos esparsos no Código de Processo Civil e ampliando a execução específica no bojo do processo de conhecimento também para as execuções de entrega de coisa); 11.232/05 (quebrando a tradicional necessidade de um processo de execução autônomo para as condenações ao pagamento de quantia certa e instituindo a sistemática do cumprimento de sentença, no mesmo processo em que foi proferida a sentença); 11.276/06 (permitindo que a apelação não seja recebida pelo juiz se a sentença estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores); 11.277/06 (estabelecendo a sentença liminar de improcedência, sempre que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de improcedência total em outros casos idênticos); 11.382/06 (reestruturando a disciplina do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título extrajudicial); 11.418/06 (regulamentando a exigência de repercussão geral do recurso extraordinário) e 11.672/08 (disciplinando o procedimento legal para processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça).

A luta do legislador processual contra o tempo tem sido incessante, em que pese a falta de uma maior avaliação sobre as verdadeiras causas da morosidade na justiça e as conseqüências de cada uma das modificações promovidas[26]. Dados os limites deste estudo, não seria possível analisar de forma detida cada uma das leis que alteraram o Código de Processo Civil nas últimas décadas, mas não se pode negar que todas essas modificações enfraqueceram a coesão entre as diversas normas processuais em vigor e a sistematicidade do código de 1973. Além disso, a morosidade na prestação jurisdicional ainda parece um problema muito distante de uma solução efetiva.

[26] Como já afirmado por BARBOSA MOREIRA, José Carlos, cit., p. 11, *"não tenho notícia de pesquisas que precedam as sucessivas reformas do Código de Processo Civil, ministrando aos projetos base firme em dados concretos. E sobretudo quase nenhum sinal enxergo de interesse com relação aos efeitos práticos das inúmeras modificações consagradas"*. É verdade que, nos últimos anos, diversos números sobre a administração da justiça e o Poder Judiciário têm sido divulgados, especialmente pelo Conselho Nacional da Justiça, através da pesquisa *Justiça em números*. Nada obstante, ainda falta muito para que sejam analisados os efeitos práticos das recentes reformas processuais.

Por conta disso, nova frente de batalha parece estar se abrindo na luta contra o tempo no processo civil brasileiro. Como resultado dos trabalhos desempenhados pela comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal, encontra-se em curso na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que tem por objetivo promulgar um novo Código de Processo Civil no Brasil[27]. Uma de suas principais bandeiras é justamente a promessa da razoável duração do processo, como se verifica da Exposição de Motivos que acompanhou o anteprojeto enviado ao Senado Federal em junho de 2010[28].

Não se questiona, evidentemente, a importância da celeridade para que se possa alcançar um processo efetivo e o pleno acesso à justiça[29]. Nada obstante, enfrentar a questão do tempo no processo sem equacionar o seu exame qualitativo, priorizando-se apenas o aspecto quantitativo[30], pode conduzir a resultados indesejados.

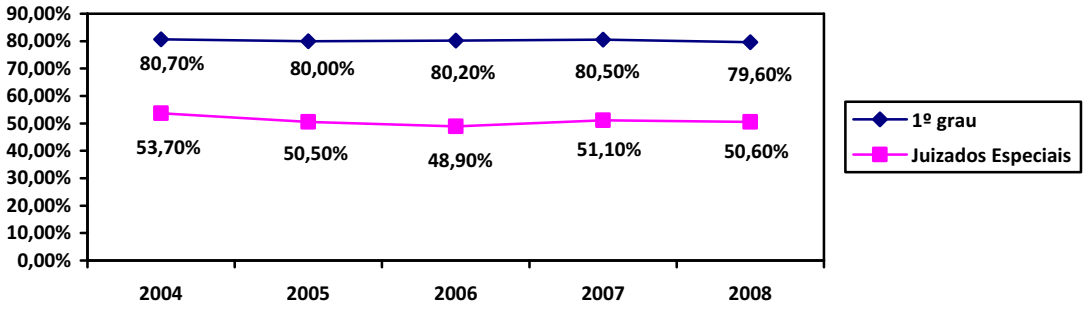
2. Generalismo e precipitação: as conseqüências da falta de uma análise qualitativa do tempo no processo

Como já exposto no item anterior, muitas reformas foram realizadas no Código de Processo Civil em vigor, sobretudo a partir da década de noventa do século XX. Em que pese o empenho do legislador processual em debelar a morosidade na administração da justiça e cumprir a promessa constitucional da duração razoável do processo, porém, os resultados ainda são tímidos. De acordo com a pesquisa *Justiça em números* de 2009, divulgada pelo Conselho Nacional da Justiça em setembro de 2010, por exemplo, a taxa de congestionamento[31] nas Justiças Estaduais, em média, gira em torno de 80%, o que

[27] O projeto de lei do novo Código de Processo Civil já tramitou no Senado Federal sob o nº 166/2010, tendo sido aprovado em Plenário no mês de dezembro de 2010.
[28] Assim constou da exposição de motivos ao anteprojeto: *"Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça."*
[29] Como já afirmado pelo processualista uruguaio Eduardo J. Couture, "no processo, o tempo é algo mais que ouro: é justiça". Nesse sentido, v. NERY JR., Nelson, cit., p. 315.
[30] Os gregos utilizavam duas palavras distintas para se referir ao tempo: *cronos* e *kairos*. *Cronos* se referia ao tempo quantitativo, isto é, ao tempo que pode ser medido pelo relógio ou pelo calendário. Quando se diz, por exemplo, que alguém tem uma determinada idade, está se fazendo referência ao tempo de *cronos*, ao lapso temporal que pode ser quantificado em certo número de anos. O vocábulo *kairos*, por sua vez, se referia ao tempo em seu aspecto qualitativo, ou seja, a um momento decisivo, à ocasião oportuna. Quando se afirma que agora é tempo de colher, por exemplo, está se referindo ao tempo de *kairos*, vale dizer, a uma oportunidade, a um momento certo e especial. Sobre o tema, MILLER, Carolyn R., Foreword *in* SIPIORA, Phillip; BAUMLIN, James S. (Ed.)**, *Rhetoric and Kairos:* Essays in History,** Theory and Praxis. New York: University of New York Press, 2002, p. xi/xiii.
[31] A taxa de congestionamento consiste em índice que corresponde à divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa.

prejudica a tempestividade da prestação jurisdicional[32]. Desde o início da pesquisa, em 2004, a taxa de congestionamento no 1º grau de jurisdição da Justiça Estadual não tem apresentado variações significativas, como demonstra o gráfico abaixo:

Taxas de congestionamento da Justiça Estadual de 1º grau e Juizados Especiais[33]



As reformas legislativas, como se constata facilmente, não podem ser a única solução adotada para resolver a morosidade processual. Nesse sentido, a doutrina tem apontado, até com alguma freqüência, que a excessiva demora no processamento e no julgamento dos processos constitui um problema complexo, desencadeado por fatores de ordens diversas. Sem a preocupação de apresentar uma lista exaustiva, as principais causas para o descumprimento da promessa de duração razoável do processo são de ordem: a) *estrutural* (falta de verbas[34], recursos humanos[35] e de autonomia financeira do Judiciário;

[32] Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Pesquisa em números* – 2009. Brasília: 2010, p. 178.

[33] O ano de 2009 foi excluído do gráfico devido a mudanças na metodologia para o cálculo da taxa de congestionamento, o que não permitiria uma comparação direta dos números fornecidos.

[34] Nesse sentido, muito embora sejam necessários estudos mais aprofundados para verificar as principais carências em termos de recursos financeiros no Poder Judiciário, o relatório *Pesquisa em números* de 2009 aponta o seguinte: *"Para determinar se os gastos do Judiciário são elevados, sob uma perspectiva mundial, pode-se compará-los aos gastos dos Estados Unidos. Apesar de adotar a tradição da Common Law, o Judiciário norte-americano possui uma estrutura judiciária similar à brasileira, em virtude de também ser uma federação de proporções continentais. Em 2006, os EUA gastaram US$ 46 bilhões em todos os níveis de Justiça (Estadual e Federal), o que representaria R$ 82 bilhões em valores atualizados (ou seja, mais do que o dobro do gasto brasileiro, da ordem de R$ 37,3 bilhões)"*. V. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit., p. 176.

[35] Segundo a pesquisa do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit., p. 176, o índice de magistrados por cem mil habitantes no Brasil (oito) é inferior à média dos países desenvolvidos. Apenas a título de comparação, na Espanha este índice é de 10,1; na Itália é de 11,0; na França corresponde a 11,9 e, por fim, em Portugal alcança 17,4. Não à toa, alguns dos Tribunais de Justiça no Brasil que apresentam os maiores índices de magistrados por cem mil habitantes apresentaram também as menores taxas de congestionamento em primeira instância, como foram os casos do TJAP (11,5 magistrados por grupo de cem mil habitantes e taxa de congestionamento de apenas 23%), do TJAC (10,7 magistrados por cem mil habitantes, com taxa de congestionamento de 36%) e do TJMS (11,4 magistrados por cem mil habitantes, apresentando taxa de congestionamento de 43%). No entanto, como já visto, a duração razoável dos processos é um tema complexo, influenciado por outros fatores. Isso explica a situação aparentemente contraditória de alguns

gestão ineficiente dos escassos recursos pelos tribunais, visto que realizada por magistrados, com formação exclusivamente jurídica e que não receberam qualquer treinamento para as tarefas administrativas; comodismo dos juízes, formados através de um sistema generalista e pragmático, que tem por objetivo a aprovação dos disputados concursos públicos, mas não à formação de magistrados participativos e diligentes[36]); b) *técnica* (desprestígio das decisões de primeira instância pela ampla recorribilidade e pelo sistema rígido de preclusões do Código de Processo Civil; formalismo exagerado de algumas normas processuais e de determinados entendimentos jurisprudenciais[37]; regulamentação ineficiente para as lides de natureza coletiva, podendo gerar milhares ou mesmo milhões de demandas individuais repetitivas[38]); c) *sócio-política* (explosão da litigiosidade após a Constituição de 1988, como resultado não apenas da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também pela progressiva universalização do acesso à justiça e pelo fortalecimento gradual – mas insuficiente – da assistência judiciária gratuita[39]; existência de um Estado demandista, que não atende de forma voluntária as pretensões dos jurisdicionados, ainda

Tribunais como, por exemplo, o TJDF (12,2 magistrados por cem mil habitantes, mas como uma expressiva taxa de congestionamento de 64%).

[36] V. FARIA, Márcio Carvalho, A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 6, jul./dez. 2010, p. 482.

[37] Ilustrativo é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial, exigindo que a matéria tenha sido efetivamente apreciada pelas instâncias ordinárias, não bastando que se suscite a questão na apelação e nem mesmo em embargos de declaração. Como se sabe, em caso de omissão não sanada nem mesmo por embargos declaratórios na origem, tal entendimento obriga a parte interessada a interpor recurso especial por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil para pedir a anulação da decisão do tribunal *a quo*, para que novo acórdão seja proferido, sanando a omissão apontada e ensejando novo recurso especial (!). Por isso mesmo, a fim de superar tal formalismo, o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto nº 8.046/2010) estabelece em seu art. 979 que *"consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade"*.

[38] Como observado por MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 277, as ações coletivas no Brasil não têm sido capazes de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões, como os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança e nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o cálculo das aposentadorias, a cobrança de tributos, incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos da União, Estados e Municípios, entre muitos outros exemplos. Para tentar atacar esse problema, sem prejuízo das propostas de alteração na legislação sobre ações coletivas, o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto nº 8.046/2010) disciplina o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em seus arts. 930 a 941, com nítida inspiração no procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão. Sobre o assunto, v. FUX, Luiz, *O novo processo civil*. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro* – Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

[39] Os dados divulgados pelo CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit., p. 177 revelam que o número de novas causas cresceu, de 2004 a 2008, na média de 1,9% ao ano. Em 2009, o número de casos novos cresceu apenas 0,5%, o que poderia indicar uma possível estabilização para os próximos anos, por fatores ainda não estudados.

que sobre temas já pacificados na jurisprudência, interessando-se mais em protelar suas obrigações, o que ocasiona congestionamentos sobretudo na Justiça Federal)[40].

Sendo fenômeno decorrente de uma multiplicidade de causas, não se mostra possível combater a morosidade do processo atacando apenas algumas delas. A reforma da legislação processual, por mais adequada que seja, não será capaz cumprir, sozinha, a (hercúlea) promessa de duração razoável do processo[41]. É por isso que, com as devidas vênias, parece excessivamente otimista a declaração do Min. Luiz Fux, presidente da comissão de juristas de cujo trabalho se originou o projeto do novo Código de Processo Civil, segundo a qual a sua aprovação permitiria a redução do tempo de tramitação dos processos em 50%, chegando a 70% no caso de demandas repetitivas[42].

Sem dúvida, um dos maiores dilemas do processo civil contemporâneo tem sido compatibilizar as exigências de celeridade e de segurança jurídica[43]. Garantir, ao mesmo tempo, a razoável duração na solução dos litígios e o devido processo legal. Evitar que a celeridade se transforme em precipitação e a segurança se degenere em eternização. É como já se afirmou em clássica citação: entre dois ideais, o de rapidez e o de certeza, oscila o processo[44]. A luta contra o tempo não pode sacrificar as garantias processuais asseguradas pela Constituição[45]. Aqui, os fins não justificam os meios.

Um processo, por definição, pressupõe o transcurso de um certo lapso temporal. Em geral, os atos processuais não se aperfeiçoam instantaneamente, desenvolvendo-se em várias etapas ou fases[46]. O procedimento ordinário, a grosso modo, engloba as fases postulatória, instrutória e decisória. A fase postulatória, por sua vez, abrange vários atos processuais específicos, como a petição inicial, a citação, a apresentação de resposta pelo

[40] Sobre tais fatores, v. CRUZ E TUCCI, José Rogério, *O tempo*..., cit., p. 100/110; RODRIGUES, Walter dos Santos, cit., p. 322/325; MOLLICA, Rogerio, O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual *in* CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.), *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1, p. 380/382.

[41] Nesse mesmo sentido, THEODORO JR., Humberto, cit., item 6; TARZIA, Giuseppe, O novo processo civil de cognição na Itália, trad. Clayton Maranhão, *Revista Ajuris*, n. 65, nov. 1995, p. 89.

[42] Aludida declaração foi amplamente veiculada na mídia, encontrando-se referências a ela, por exemplo, em http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=%20102423

[43] V. GAJARDONI, Fernando da Fonseca, cit., p. 101; BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 515.

[44] Cf. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2, p. 100.

[45] V. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo*: o processo justo, p. 30. Disponibilizado em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429 (acessado em 19/1/2011). Para DIDIER JR., Fredie, cit., p. 55, conquistou-se, ao longo da história, um "direito à demora" para a solução dos conflitos. Os processos da Inquisição eram rápidos, mas não se sente saudade deles.

[46] V. BIDART, Adolfo Gelsi, El tiempo y el proceso, *Revista de Processo*, n. 23, jul./set. 1981, p. 110; CRUZ E TUCCI, José Rogério, cit., p. 24/25.

réu, entre outras providências. E assim por diante. Como já afirmava Carnelutti, o processo dura, não se pode querer fazer tudo de uma vez. É preciso paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para se colher. A promessa de uma justiça absolutamente rápida e segura contém, lamentavelmente, uma contradição: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura[47].

Como se isso não bastasse, a tensão entre segurança e celeridade processual se agrava cada vez mais. Por um lado, vivencia-se a era do *neoprocessualismo*, segundo o qual o Direito Processual deve ser estudado e aplicado à luz da forma normativa das regras e princípios relacionados aos direitos fundamentais previstos na Constituição, redefinindo as categorias processuais a partir de novas premissas metodológicas[48]. O reconhecimento da existência de direitos fundamentais no processo impõe uma série de exigências para a solução do conflito, que podem atravancar a celeridade, tais como a obediência ao contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos. Ao mesmo tempo, como já exposto, vive-se em uma época que exige cada vez maior velocidade nas transações econômicas, na circulação de bens, de pessoas e de informações e, claro, também para a resolução de litígios pelo Poder Judiciário[49].

Como resolver esta intrincada equação? Trata-se de pergunta para a qual, até o momento, nenhum ordenamento jurídico respondeu satisfatoriamente[50].

Não há espaço para respostas definitivas dentro dos estreitos limites propostos para o presente estudo, mas a análise qualitativa do tempo no processo poderá contribuir na busca por uma solução para o adequado equacionamento do problema. Antes, porém, cumpre destacar alguns dos males oriundos da análise meramente quantitativa do tempo no processo que, lamentavelmente, se transformou em regra no Brasil[51]. A preocupação apenas com a eficiência quantitativa, na qual importa somente o número de decisões

[47] V. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 154.
[48] Sobre o tema, de forma geral, CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo *in* FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.), *Processo e Constituição* – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662/683.
[49] Nesse sentido, expondo a mudança de paradigma do tempo na sociedade contemporânea e enfatizando que, na física, já se fracionou o segundo em 250 bilionésimos de um bilionésimo de segundo, ao passo que o Poder Judiciário ainda conta seus processos por meses, anos ou décadas, JOBIM, Marco Félix, A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual *in* JOBIM, Geraldo; TELLINI, Denise Estrella; JOBIM, Marco Félix (Org). *Tempestividade e efetividade processual*: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 600
[50] V. GAJARDONI, Fernando da Fonseca, cit., p. 103.
[51] Nesse sentido, v. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, jul/dez. 2009, p. 233/235 (acesso em 19/1/ 2011); FARIA, Márcio Carvalho, cit., p. 484.

proferidas e de processos resolvidos, como se o Poder Judiciário pudesse ser analisado da mesma forma que uma indústria de produção em série, tem prejudicado a qualidade da prestação jurisdicional, gerando insatisfação e insegurança jurídica. É o fetiche pela celeridade[52] deturpando a promessa constitucional de duração razoável do processo em precipitação e generalismo.

Pala ilustrar o que aqui se sustenta, cumpre destacar dois exemplos: um deles se encontra na legislação, ao passo que o outro é verificado na jurisprudência.

Como se sabe, a Lei nº 11.187/2005 introduziu diversas alterações na disciplina do recurso do agravo. Entre as modificações promovidas, encontra-se a regra contida no art. 523, § 3º do Código de Processo Civil, segundo a qual as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento devem ser atacadas por agravo na modalidade retida, a ser interposto na própria audiência, imediatamente. O objetivo da norma em destaque é muito claro: promover a celeridade processual, obrigando a parte interessada a interpor o agravo retido em audiência, sob pena de preclusão, evitando a interrupção da marcha processual com um agravo retido por meio de petição escrita ou mesmo um agravo na modalidade por instrumento que, embora interposto no tribunal, pode tumultuar o curso do processo em primeira instância.

A premissa com que trabalhou o legislador foi a de um procedimento ordinário, bastante fragmentado, no qual as poucas decisões proferidas no curso da audiência de instrução e julgamento versarão quase que exclusivamente sobre a instrução probatória do feito (como o indeferimento de uma pergunta à testemunha, por exemplo), matéria em relação à qual, pelo menos em regra, não se vislumbra o risco de lesão grave e de difícil reparação que autorize a interposição do agravo de instrumento, podendo tais questões serem rediscutidas por ocasião do julgamento da apelação. Entretanto, não se levou em consideração a eventual incidência da aludida norma a outros procedimentos mais concentrados, que também traduzem um esforço do legislador, sob outro aspecto, em assegurar a duração razoável do processo.

Em procedimentos mais concentrados, a tendência natural é que mais decisões sejam proferidas de uma só vez, inclusive em audiência. Por outro lado, essas decisões poderão tratar de variados assuntos, incluindo medidas tipicamente de urgência, como a concessão de uma antecipação dos efeitos da tutela. Para esse tipo de procedimento, a

[52] Sobre a advertência contra o fetiche da celeridade, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, cit., p. 5 (*"Se é para torná-la* [Justiça] *melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço."*)

alteração promovida pelo legislador na disciplina do agravo retido em audiência de instrução e julgamento é inadequada, sobretudo em um sistema de preclusões rígidas como o disciplinado pelo atual Código de Processo Civil, porque um maior número de decisões também ensejaria maior número de agravos retidos em audiência[53], retardando o seu desfecho e tumultuando a pauta do juízo. A falta de uma análise do tempo no processo sob o seu aspecto qualitativo pelo legislador, portanto, pode acarretar prejuízos mesmo em relação à sua dimensão puramente cronológica.

Além disso, a reforma em discussão também acarretou um déficit garantístico, na medida em que obriga a parte interessada a interpor um agravo retido *imediatamente*, sem possibilidade de reflexão sobre a melhor estratégia processual a seguir. Os prazos processuais devem ser suficientemente curtos, para possibilitar a duração razoável na entrega da prestação jurisdicional, mas também devem ser suficientemente longos para que os sujeitos processuais possam praticar os atos processuais com proveito, sob pena de incorrer em potencial violação à Constituição por inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa[54]. A falta de uma análise qualitativa do tempo, aqui, se traduziu em perda de qualidade da prestação jurisdicional e, ainda pior, sem que se observassem resultados efetivos no âmbito da duração razoável do processo.

Partindo para o exemplo verificado na jurisprudência, entre outras hipóteses[55], é possível encontrar com relativa facilidade decisões judiciais que apreciam embargos de declaração de forma absolutamente genérica e padronizada, sem que se compreenda, pelo exame do pronunciamento judicial, qual foi o vício alegado pela parte e nem por qual fundamento se afastou tal alegação. Não seria absurdo, na era da informatização da Justiça, denominar tal circunstância de "princípio do recorta e cola", um dos corolários, acrescenta-

[53] Apenas para ilustrar o ponto, o autor desse estudo, em sua atuação como advogado, participou de uma audiência de instrução e julgamento na qual foram interpostos nada menos que quatro (!) agravos retidos de forma oral, cada um deles com as respectivas razões da parte agravante, fazendo a audiência durar o triplo do tempo planejado. Onde ficou a celeridade processual?

[54] Sobre o ponto, v. GRECO, Leonardo, cit., p. 12 (relacionando a congruidade dos prazos processuais com o princípio do contraditório) e GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 366/367 (afirmando que o prazo do agravo retido oral interposto em audiência é "talvez o mais escandalosamente não-razoável prazo existente no nosso Processo Civil").

[55] Outro exemplo que vem à mente é a utilização, por vezes abusiva, da regra do art. 557 do Código de Processo Civil para permitir a decisão monocrática de recursos pelo relator, sem que estejam presentes qualquer das hipóteses contempladas pelo legislador, sacrificando o princípio da colegialidade e causando instabilidade e insegurança jurídica, na medida em que a justiça dos tribunais se torna lotérica, aleatória, dependente do entendimento pessoal de cada relator. O recurso do agravo interno previsto no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, na maioria dos casos, não passa de uma fictícia e hipócrita colegialização de decisões monocráticas, que são mantidas no órgão colegiado sem maiores discussões, retirando muitas vezes o direito da parte à sustentação oral e à revisão (art. 551 do Código de Processo Civil).

se sem exagero, do "processo injusto" ou do "indevido processo", verdadeira antinomia dos direitos fundamentais processuais.

A queda de qualidade na administração da Justiça é evidente. Decisões genéricas e padronizadas não cumprem o mandamento constitucional de fundamentação de todos os pronunciamentos judiciais (art. 93, IX da Carta Magna), como bem observado por alguns precedentes jurisprudenciais oriundos dos tribunais superiores[56]. Como se isso não bastasse, naturalmente, decisões dessa espécie sujeitam-se à anulação por *error in procedendo*, o que obriga que o processo seja devolvido para a instância inferior para que nova decisão, devidamente fundamentada, seja proferida. Em vez de caminhar para frente, o processo retrocede. E lá se vai a celeridade processual...

A situação talvez só não seja pior porque os próprios tribunais superiores, que se encontram assoberbados com um número muito expressivo de recursos, também tem proferido decisões genéricas em massa, muitas vezes se abstendo de analisar de forma mais detida a ausência de fundamentação adequada nos pronunciamentos das instâncias inferiores. A imagem que se visualiza dessa situação, reforçada pelas recentes reformas que regulamentaram a repercussão geral do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006) e o processamento dos recursos especiais repetitivos (Lei nº 11.672/2008), não é das mais aprazíveis. A impressão que se tem é que os recursos nos tribunais superiores são tratados como uma "praga" ou uma "doença", de maneira que cumpriria ao legislador e aos magistrados exterminá-la o mais rápido possível para que o funcionamento do Poder Judiciário não reste inviabilizado. Ainda que a qualidade da prestação jurisdicional não venha a ser exatamente um primor de perfeição.

Contudo, esta solução simplista e pragmática para a celeridade processual e para a crise da Justiça não pode ser admitida. Assim como não se pode reformar um hospital no interesse exclusivo do conforto dos médicos e dos demais funcionários (mas não dos doentes), não é aconselhável reformar o ordenamento processual no interesse exclusivo dos magistrados e de seus auxiliares (mas não dos jurisdicionados)[57]. É aqui que entra a necessidade de um melhor equacionamento do tempo no processo.

---

[56] Assim constou na ementa do julgado proferido em STJ, REsp 965.084/MG, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20/4/2010, DJe 7/5/2010: "*Na verdade, o voto condutor do acórdão atacado pelo especial bem poderia ser aplicado a qualquer caso em que fosse requerida tutela antecipada contra o Poder Público (esta é a única verdadeira discussão travada na origem, o cabimento de tutela antecipada em face do Poder Público), o que bem demonstra que padece a decisão colegiada de grave vício de nulidade - afinal, fundamentação que se presta a tudo justificar nada embasa*".

[57] A comparação, referindo-se ao alargamento desmedido dos poderes dos juízes na reforma processual italiana de 1940 é de CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente *in Il*

3. Algumas propostas para um melhor equacionamento do tempo no processo e a importância das técnicas de gerenciamento

A explosão da litigiosidade no Brasil, como visto, envolve muitos outros fatores, além daqueles de ordem jurídica. É ingênuo e até mesmo hipócrita pensar que simples modificações na legislação serão capazes de cumprir, por si só, a promessa de razoável duração do processo. Reformas processuais podem até contribuir um pouco para evitar recursos procrastinatórios ou lides temerárias, mas estas são soluções contingentes, que atacam o problema da morosidade da justiça apenas por suas conseqüências, mas não nas suas causas estruturais. O resultado disso é um avanço praticamente imperceptível em direção à celeridade processual, como já demonstrado acima.

O fenômeno da litigiosidade no Brasil deve ser estudado não apenas em sua dimensão estritamente jurídica, mas também pelos aspectos sociológicos, econômicos e políticos. Afinal, quais são as condições sociais que estimulam o incremento no número de demandas ajuizadas no país, sobretudo a partir da Constituição de 1988? Em que medida a redemocratização e o desenvolvimento dos meios de comunicação facilitou o acesso à informação, inclusive sobre os direitos que podem ser reclamados em juízo[58]? Quais são as causas econômicas que influem na propositura de uma ação judicial? Um maior número de advogados no mercado acirraria a competição, reduzindo os custos para a sua contratação e aumentando a carga de processos sobre o Judiciário[59]? Em que medida maiores indenizações (incluindo aí os denominados *punitive damages* ou danos punitivos) contribuem para este mesmo fenômeno? Muito pouco se sabe sobre isso. O estudioso do Direito Processual precisa ter a humildade de admitir que a compreensão sobre a morosidade da justiça está além das fronteiras jurídicas.

Ainda fora do campo jurídico, na dimensão política, é necessário que o Estado também aprenda a internalizar suas disputas no âmbito administrativo, em vez de deixar

processo civile nello stato democrático. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 35 (*"Che è come se gli ospedali, anziché essere costruiti per gli ammalati, fossero costruiti per i medici"*).

[58] Para CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro, *Acesso à justiça* – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 58, o direito à informação é ponto de partida para o acesso à justiça porque, sem ele, uma série de direitos, notadamente no campo individual, não seriam reclamados em juízo.

[59] Essa é a tese sustentada, entre outros, por COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 411 e ss.

que os jurisdicionados recorram à via lenta e agonizante do Poder Judiciário, sobretudo em relação a matérias já pacificadas na jurisprudência. Simplesmente não há qualquer política nacional para a prevenção e resolução de litígios. Trata-se de assunto ausente das campanhas eleitorais. A morosidade da justiça, em vez de ser considerada como um problema que, potencialmente, atravanca o crescimento e o desenvolvimento de certas atividades econômicas, como já demonstrado, passa a ser tida como uma circunstância facilitadora para a rolagem de dívidas por um Estado demandista.

O problema se agrava ainda mais pelo fato de que não é só o Poder Público que se conduz dessa maneira. Empresas prestadoras de serviços, instituições financeiras e grandes agentes do mercado varejista de consumo analisam a questão sob o ponto de vista exclusivamente econômico. Se a perspectiva de um determinado comportamento ilícito proporcionar a estimativa de um montante de condenações judiciais inferior aos custos operacionais para a correção dessa conduta, as empresas continuarão a praticar o ilícito em questão, ensejando o ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas. Serviços não solicitados, negativações indevidas, mau atendimento ao consumidor e falhas das mais variadas na prestação de serviços e no fornecimento de produtos se transformaram em acontecimentos corriqueiros no Poder Judiciário brasileiro.

Aumentar o valor das indenizações por danos morais é uma solução que parece demasiadamente simplista, até porque incentiva o ajuizamento de demandas temerárias, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, nos quais não há a condenação nos ônus da sucumbência, a não ser em caso de recurso mal sucedido contra a sentença. Talvez uma das possíveis soluções esteja em incrementar sensivelmente as penalidades aplicadas, por exemplo, pelas agências reguladoras, aumentando o montante global de condenações pela prática ilícita, sem acarretar o enriquecimento sem causa de nenhum litigante em particular. De todo modo, mais uma vez a questão da duração razoável dos processos passa por fatores eminentemente econômicos.

Adentrando no âmbito jurídico, torna-se indispensável promover também uma análise qualitativa do tempo no processo. O maior problema dentro do processo não está propriamente na duração dos prazos legais ou no número de recursos existentes, mas sim nas chamadas "etapas mortas" do processo, em que não há atividade processual por fatores estruturais da administração da Justiça[60]. Enquanto que a parte tem apenas, por exemplo,

[60] V. THEODORO JR., Humberto, cit., p. 15 (item 7). A expressão é atribuída ao processualista espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Segundo pesquisa divulgada pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Análise da*

dez dias para se manifestar em réplica, sua petição pode demorar pelo menos uns dois a três meses para ser juntada aos autos. Ao mesmo tempo em que um recurso no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro demora, em média, cinco meses a ser julgado, idêntico recurso pode demorar dois a três anos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que ambos estão submetidos ao mesmíssimo Código de Processo Civil[61]. Diante desses dados, parece inócuo tentar corrigir a distorção apontada mediante reformas na legislação processual.

É hora, portanto, de planejar o fluxo do tempo no processo sob uma perspectiva qualitativa, adotando variadas *técnicas de gerenciamento de processos*, que consistem, basicamente, no planejamento da condução de demandas judiciais em direção à solução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e de custos. Trata-se de procedimento já consolidado nos países da *common law*, especialmente nos Estados Unidos[62] e na Inglaterra[63], lá conhecido como *case management*[64]. Muito embora o gerenciamento de processos não se encontre previsto em nenhuma lei no Brasil, existem dispositivos no Código de Processo Civil que dão abertura suficiente para tanto, tais como aqueles relativos à audiência preliminar e ao saneamento do processo (art. 331) e aos poderes de direção do juiz (art. 125).

Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Brasília: Ideal, 2007, p. 23, apurou-se que nada menos que 80% a 95% do tempo total dos processos é gasto em rotinas internas do cartório.

[61] Veiculou-se, especialmente no *Anuário da Justiça do Rio de Janeiro 2010*, que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seria o mais rápido do Brasil. Talvez não haja motivo para comemoração, entretanto, pois de acordo com pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, tal fato se verificou, em grande parte, pelo uso sistemático de decisões monocráticas, que responderam por 40% da produtividade do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2008. Como já se expôs anteriormente, a utilização abusiva dos poderes do art. 557 do Código de Processo Civil enfraquece as garantias fundamentais do processo e, muitas vezes, transforma o processo em uma aventura lotérica, aleatória. Sobre a pesquisa em questão, v. FERRAZ, Leslie Shérida, *Decisão monocrática e agravo interno*: celeridade ou entrave processual? A justiça no Estado do Rio de Janeiro, 2009, *passim*. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-pesquisa-fgv-agravo-instrumento.pdf (acesso em 20/1/2011).

[62] Sobre o assunto, gerericamente, v. McKENNA, Judith A.; HOOPER, Laural L.; CLARK, Mary, *Case management procedures in the Federal Courts of Appeals*. Washington: Federal Judicial Center, 2000, *passim* (disponível em http://www.fjc.gov); FLANDERS, Steven, Case management in Federal Courts: some controversies and results, *The Justice System Journal*, v. 4, 1978-1979, p. 147/165; PECKHAM, Robert, A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution, *Rutgers Law Review*, v. 37, Winter 1985, p. 253/278.

[63] Ao contrário dos Estados Unidos, onde o *case management* já era uma prática dos tribunais, sobretudo na Justiça Federal, e as reformas processuais a partir da década de noventa do século passado somente regularam tais procedimentos, o gerenciamento de processos foi implantado na Inglaterra por uma ampla reforma legislativa que conduziu à aprovação de um inédito código processual, as *Civil Procedure Rules* de 1999. Sobre o tema, v. SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42/47; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113/118.

[64] Para uma visão to tema na *common law* além dos Estados Unidos e da Inglaterra, v. HANSEN, John, Case management in New Zealand courts, *Otago Law Review*, v. 9, n. 3, 1998, p. 319/342.

Independentemente dos limites para a flexibilização procedimental no direito brasileiro, há espaço para soluções mais efetivas no silêncio da legislação vigente. Um dos exemplos disso está no procedimento de penhora *on line* de ativos financeiros pelo Sistema Bacen-Jud. O Código de Processo Civil se refere a tal providência em seu art. 655-A, mas sem discriminar as fases desse procedimento, que é disciplinado pelo Banco Central do Brasil. A penhora *on line* é realizada da seguinte forma: a) determinação judicial do bloqueio no sistema do Banco Central; b) comunicação da determinação pelo Banco Central para as instituições financeiras; c) bloqueio nas contas e resposta das instituições financeiras para o Sistema Bacen-Jud; d) transferência, mais uma vez por determinação judicial, do dinheiro bloqueado para o banco oficial credenciado junto ao Poder Judiciário, para uma conta vinculada ao processo[65]. Os recursos depositados nesta conta somente poderão ser levantados mediante mandado de pagamento.

Como se percebe pelo procedimento delineado acima, há duas fases distintas em que o juiz deve intervir: no momento em que protocola a ordem de bloqueio *on line* e por ocasião da consulta às respostas das instituições financeiras, determinado que sejam transferidos para o banco oficial credenciado eventuais ativos financeiros bloqueados. Nos termos da legislação processual, qualquer providência do juiz deve ser objeto de uma decisão. E como proferir a decisão nesses termos?

Alguns juízes, sem a preocupação com as fases seguintes do processo, defere a penhora *on line* através de uma decisão assemelhada à seguinte: Nos termos do art. 655-A do Código de Processo Civil, defiro a penhora on line.

Diante dessa decisão, o que ocorre? O juiz profere a decisão, protocola a ordem de bloqueio no Sistema Bacen-Jud e devolve o processo para o cartório. Isso porque as respostas das instituições financeiras à ordem de bloqueio *on line* demoram alguns dias para serem disponibilizadas no sistema. As partes são intimadas da decisão e nada mais ocorre. É verdade que, por conta do princípio do impulso oficial do processo, previsto no art. 262 do Código de Processo Civil, as demais fases do procedimento de penhora *on line* deveriam ser deflagradas independentemente de provocação. Mas não é o que se verifica na prática de muitos cartórios, que, na falta de decisão expressa do magistrado determinando o retorno dos autos ao gabinete para a conclusão do procedimento para a penhora *on line*, orientam os advogados a ingressarem com uma petição requerendo a

[65] Para estas e outras informações sobre o funcionamento do Sistema Bacen-Jud, confira-se o seu *Manual Básico*, disponível em http://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/manualbasico.pdf (acesso em 20/1/2011).

apresentação das respostas das instituições financeiras e a eventual transferência dos ativos financeiros ao banco depositário oficial.

Esta prática acarreta dois inconvenientes. Em primeiro lugar, retarda a entrega da prestação jurisdicional, não apenas pela necessidade de ingresso de mais uma petição nos autos, mas também por aumentar o número de "etapas mortas" do processo, pois haverá necessidade de mais uma juntada de petição, que pode levar, pelo menos, de dois a três meses para ser realizada. Além disso, em segundo lugar, considerando que vários outros processos provavelmente estarão na mesma situação, deverão ser protocoladas (sem necessidade!) dezenas ou até mesmo centenas de petições a mais para um mesmo cartório, sobrecarregando o trabalho dos serventuários e prejudicando sensivelmente a produtividade do órgão jurisdicional, sem que nenhum proveito seja revertido em favor dos jurisdicionados.

Um juiz mais preocupado com as técnicas de gerenciamento do processo judicial provavelmente proferiria semelhante decisão nos seguintes termos:

> Nos termos do art. 655-A do Código de Processo Civil, defiro a penhora on line. Aguarde-se o prazo de 48 horas para as respostas das instituições financeiras. Após, voltem os autos conclusos para apresentação do detalhamento e transferência dos ativos.

Diante dessa decisão, a efetivação da penhora *on line* poderá ser concluída sem a necessidade de ingresso de uma nova petição nos autos, promovendo maior celeridade processual e reduzindo a carga de trabalho global do órgão jurisdicional, especialmente na tarefa de juntada de petições. Trata-se de providência absolutamente simples, que não onera os cofres estatais, não vulnera nenhum direito fundamental das partes e incrementa a produtividade do Poder Judiciário.

Exemplo similar ocorre na fase do julgamento conforme o estado do processo. Em muitos órgãos jurisdicionais, após a apresentação de réplica pelo autor, as partes são invariavelmente intimadas através de um despacho ordinatório para especificarem as provas que pretendem produzir e para esclarecerem se possuem interesse na realização da audiência preliminar. Somente após esta manifestação é que os autos são finalmente encaminhados ao juiz para o saneamento do processo.

Se o processo passasse por uma triagem eficiente no cartório, seu procedimento poderia ser bastante abreviado em muitos casos. Além disso, mais uma vez, a carga de

trabalho do órgão jurisdicional poderia ser reduzida. Idealmente, todos os processos na fase de julgamento conforme o estado do processo deveriam ser encaminhados para um ou mais funcionários do cartório que estivessem qualificados a fazer essa triagem[66]. Se o réu tiver suscitado alguma questão preliminar ou se a questão discutida no processo não demandar dilação probatória, os autos deveriam ser desde logo remetidos ao juiz para que, caso assim se entendesse, fosse o processo extinto sem resolução do mérito ou se conhecesse diretamente do pedido, proferindo sentença, nos termos dos arts. 329 a 330 do Código de Processo Civil. Além disso, essa triagem poderia também já indicar se a hipótese é propensa à resolução consensual e, de uma forma geral, se o processo foi instaurado de forma regular e se estão presentes as condições da ação.

O gerenciamento de processos judiciais, para que possa realizar todas as suas potencialidades, impõe uma maior aproximação do juiz com as rotinas dos serventuários no cartório. O Poder Judiciário é, sem nenhum exagero, uma das instituições públicas mais burocratizadas e engessadas do Brasil[67]. Salvo raríssimas e honrosas exceções, não há programas estruturados de treinamento de servidores fundados em critérios racionais de organização, que poderiam formar serventuários capacitados a pensar e a enxugar as rotinas, eliminar gargalos, auxiliar no planejamento da condução de processo e, de uma forma geral, otimizar a utilização dos recursos financeiros e pessoais do Judiciário para uma maior produtividade na entrega da prestação jurisdicional[68]. Trata-se de um enorme desperdício de dinheiro público, visto que cerca de 90% dos recursos financeiros dos tribunais se referem a despesas com pessoal[69], embora praticamente todo o conjunto de servidores auxiliares seja utilizado em tarefas burocráticas.

[66] A triagem não deveria ser feita pelo próprio juiz porque, se assim fosse, ele acabaria sobrecarregado, o que prejudicaria a produtividade do órgão jurisdicional. Sua realização informal por estudantes de Direito, tal como observado em alguns órgãos jurisdicionais na cidade do Rio de Janeiro, também não permite que a triagem alcance sua máxima efetividade. O ideal é que existam funcionários especialmente treinados para essas atividades, tal como ocorre na Justiça Federal dos Estados Unidos. Nesse mesmo sentido, v. SILVA, Paulo Eduardo Alves da, cit., p. 142.

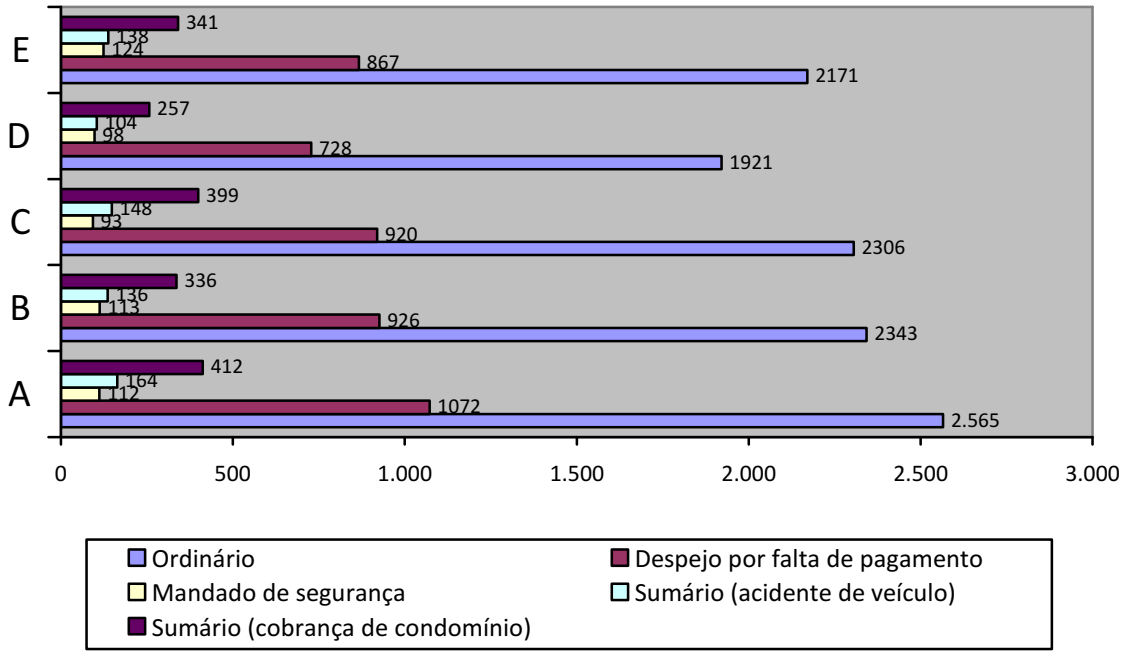
[67] O fluxograma de rotinas necessárias para a juntada de uma simples petição, desde o seu protocolo pelo advogado, como apresentado em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, cit., p. 42/44 é assustador. São dezenas de providências necessárias, a traduzir a absoluta ineficiência da organização judiciária, comprometendo o ideal da duração razoável do processo.

[68] V. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, cit., p. 41 (*"E, como já informado, o treinamento dos funcionários e a inovação dos métodos de trabalho dos cartórios estão baseados na prática e na experiência profissional, mais que em critérios racionais de organização. As rotinas são construídas por empirismo e transmitidas dos funcionários mais antigos aos mais novos. Os funcionários ingressantes são treinados por algum dos funcionários mais velhos e incorporam seus "cacoetes" organizacionais."*)

[69] Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit., p. 175.

Quanto mais intrincado e fragmentado for o procedimento para o julgamento de uma determinada demanda, mais complexas serão as rotinas dos órgãos jurisdicionais para o processamento dos atos praticados pelas partes, pelo juiz e pelos auxiliares da Justiça. Maior espaço haverá também para a otimização do tempo no processo, sem que ocorra perda de qualidade na prestação jurisdicional. Nesse sentido, pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo entre 2002 e 2005 confrontou o tempo médio de duração dos processos entre cinco órgãos jurisdicionais de porte e estrutura semelhantes, todos situados na mesma comarca.

No órgão "A", não se adotam práticas de gerenciamento, limitando-se o juiz à condução legal dos processos. No órgão "B", o juiz evita proferir decisões que possam ser atacadas mediante agravo, buscando imprimir andamento ininterrupto aos processos e realizando sessão prévia de conciliação. No órgão "C", priorizam-se as técnicas de resolução amigável dos litígios e se realiza a "audiência una", convocando-se desde logo as testemunhas para a audiência preliminar. No órgão "D", além de se priorizarem as técnicas de soluções autocompositivas das controvérsias, há um intenso planejamento do fluxo de trabalho dentro do cartório. No órgão "E", ocorre a conjugação de várias técnicas (planejamento gerencial, condução ininterrupta, resolução amigável). Os dados levantados pela pesquisa estão condensados no gráfico abaixo[70]:



[70] Os dados da pesquisa foram retirados de SILVA, Paulo Eduardo Alves da, cit., p. 76/80.

No procedimento ordinário, os melhores resultados foram obtidos pelos órgãos "D" e "E", que adotam técnicas intensas de gerenciamento do fluxo de processos no cartório. A diferença de produtividade entre o órgão "D" (1921 dias) para o órgão "A" (2565 dias), que não adota nenhuma técnica de gerenciamento, chega à casa dos 25%. Não deixa de ser surpreendente o fato de que o órgão "E", que conjuga várias técnicas de gerenciamento, apresentar eficiência ligeiramente menor que o órgão "D". Talvez isso sinalize que a melhor estratégia seria mesmo concentrar os esforços na gestão dos cartórios, evitando a perda de energia com outras técnicas menos eficientes, mas esta é uma conclusão que dependeria de estudos mais aprofundados.

A mesma tendência se observa nas ações de despejo por falta de pagamento (que seguem o procedimento ordinário, mas costumam ser mais céleres por normalmente não dependerem de produção de prova oral ou pericial), em relação às quais a diferença de produtividade entre os órgãos "A" e "D" é ainda maior, passando de 30%. Nos casos submetidos ao procedimento sumário, como existe uma concentração maior de atos na audiência preliminar prevista no art. 277 do Código de Processo Civil, parece que a técnica do andamento ininterrupto dos processos adotada pelo juízo "B" torna-se mais eficiente (com 336 e 136 dias para cobrança de condomínio e acidente de veículos), alcançando resultados muito semelhantes aos obtidos pelo órgão "E" (341 e 138 dias), mas não o suficiente para atingir o nível de produtividade do juízo "D" (257 e 104 dias). O juízo "A", mais uma vez, apresenta os piores resultados (412 e 164 dias), com um índice de eficiência aproximadamente 35% inferior ao órgão "D".

No que tange ao mandado de segurança, porém, a situação se torna um pouco diferente. Trata-se de um dos procedimentos mais céleres do processo civil brasileiro, na qual não se admite dilação probatória, cumprindo ao autor juntar, com a sua petição inicial, toda a prova documental necessária à demonstração do direito líquido e certo. Não há muito espaço para desvios procedimentais. Isso explica porque somente neste caso o órgão "A" deixa a última posição (112 dias), alcançando resultados melhores que os juízos "B" (113 dias) e "E" (124 dias). Ainda assim, a diferença de produtividade não é significativa, não passando da margem de 10% em relação ao órgão "E". O juízo "D", com melhor organização nas rotinas internas do cartório, ainda obteve bons resultados (98 dias). Intrigante e surpreendente foi o resultado obtido pelo órgão "C" (93 dias), que adota técnicas de resolução amigável e realização de "audiência una", que sequer são

compatíveis com o procedimento do mandado de segurança. Ao que tudo indica, outros fatores podem ter influenciado os números apresentados.

De todo modo, a pesquisa destacada acima mostra dois pontos extremamente importantes: 1) a importância das técnicas de gerenciamento de processos, praticamente ignoradas no Brasil, para a consecução do princípio da duração razoável do processo; 2) a necessidade de se analisar qualitativamente as relações do tempo com o processo, até porque os diferentes procedimentos existentes na legislação pátria podem abrir maior ou menor espaço para a adoção de diversas técnicas de gerenciamento.

Enfim, a análise qualitativa do tempo do processo, mediante a adequada gestão da estrutura judiciária brasileira, seja de forma pessoal pelo juiz ou, preferivelmente, de maneira organizada e integrada pelo tribunal, desponta como uma alternativa extremamente promissora para que se possa algum dia cumprir a promessa da duração razoável do processo, sem sacrificar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição e sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

4. Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo *in* FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.), *Processo e Constituição* – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo, Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela, *Revista de Processo*, v. 151, set. 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Pesquisa em números* – 2009. Brasília: 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) *in* ASSIS, Araken de *et al.* (Coord.). *Direito Civil e Processo* – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1079/1081.
_____. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FARIA, Márcio Carvalho, A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 6, jul./dez. 2010.

FERRAZ, Leslie Shérida, *Decisão monocrática e agravo interno*: celeridade ou entrave processual? A justiça no Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-pesquisa-fgv-agravo-instrumento.pdf (acesso em 20/1/2011).

FLANDERS, Steven, Case management in Federal Courts: some controversies and results, *The Justice System Journal*, v. 4, 1978-1979.

FUX, Luiz, *O novo processo civil*. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro* – Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.
_____, Reflexos do tempo no direito processual civil, *Revista de Processo*, v. 153, nov. 2007.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.
_____, *Garantias fundamentais do processo*: o processo justo. Disponibilizado em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429 (acessado em 19/1/2011).

JOBIM, Marco Félix, A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual *in* JOBIM, Geraldo; TELLINI, Denise Estrella; JOBIM, Marco Félix (Org). *Tempestividade e efetividade processual*: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

McKENNA, Judith A.; HOOPER, Laural L.; CLARK, Mary, *Case management procedures in the Federal Courts of Appeals*. Washington: Federal Judicial Center, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Brasília: Ideal, 2007.

MOLLICA, Rogerio, O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual *in* CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.), *Bases científicas para um renovado Direito Processual.* Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, jul/dez. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Walter dos Santos, A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, jan./dez.2008.

SCHENK, Leonardo Faria, Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, jan./dez. 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JR., Humberto, *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.* Insuficiência da reforma das leis processual, p. 3/4. Disponível em www.abdpc.org.br (acessado em 23/12/2010).

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A MEDIAÇÃO COMO PADRÃO DE ATUAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

Débora Dias Thomé

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Cursando Pós-Graduação em Direito e Jurisdição na Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal. Advogada.

Resumo: A ausência de uma prestação jurisdicional justa, célere e adequada demanda uma nova atitude e mentalidade do Estado-Juiz quando do julgamento do processo coletivo, sob pena de se perpetuar a inefetividade deste tipo de tutela jurisdicional ou, até mesmo, torná-la inconveniente para a sociedade. Ante o exposto, o presente artigo pretende contribuir tanto para o incremento da eficácia das ações coletivas como para a legitimidade das decisões judiciais neste âmbito. Para tanto, a proposta é flexibilizar os procedimentos tradicionais aplicáveis no processo individual, assumindo no processo coletivo uma postura pautada na interação entre juiz e partes, facilitada pela adoção das técnicas da mediação.

Abstract: The absence of fair, prompt and appropriate jurisdictional providing requires a new attitude and mentality of the trial judge in the collective process, lest we perpetuate the ineffectiveness of judicial protection, or even make this protection inconvenient to society. Based on the foregoing, this article aims to contribute both to increase the effectiveness of class actions as for to the recognize the legitimacy of judicial decisions in this area. For this, the proposal is to make flexible the traditional procedures applied in the individual process, assuming a position, in the collective process guided by the interaction between the judge and parties, facilitated by adopting the techniques of mediation.

Palavras Chave: Processo Coletivo; Políticas Públicas; Flexibilização Procedimental; Mediação.

Keywords: Class Actions; Public Policy; Procedural Flexibility; Mediation.

Sumário. 1. Considerações iniciais; 2.Relação entre direitos sociais, políticas públicas e processo coletivo; 3.Uma nova função exige uma postura adequada; 4. As características da mediação; 5. Solução consensual e direitos indisponíveis; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

1. Considerações Iniciais

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988 adotou um Estado Social que vinha-se solidificando no seio da sociedade brasileira. As ideias liberais vinham sendo superadas e a vontade da nação de fazer valer a igualdade substancial assumia papel principal no cenário nacional. Destarte, ante os reclames sociais em exigir do Estado uma postura ativa, fundada nos valores e garantias constitucionais, ganham força as noções de garantia do mínimo existencial e de bem-estar social. A sociedade exige do Governo prestações positivas em prol do bem comum, o respeito à dignidade humana e às minorias, a proteção aos direitos humanos, a redução das desigualdades sociais, a preocupação com o meio ambiente, a garantia da liberdade e da segurança pública dentre outras aspirações de ampla extensão social. Eis que se concretiza, então, a pretensão de tutela efetiva dos direitos coletivos.

A fim de atender essas novas demandas da sociedade moderna, houve uma série de significativas mudanças, tanto nas concepções de justiça e de direito, como nos órgãos estatais. Assim, já não bastava apenas possibilitar ao jurisdicionado o acesso aos órgãos da justiça, mas era preciso proporcionar o efetivo acesso ao direito[71], ao processo justo e com duração razoável.

Os postulados clássicos da separação de poderes deixaram de ter uma correspondência na realidade, em decorrência do reconhecimento do "poder" judiciário como parte integrante do Estado e como função estatal. Isto porque a comunidade jurídica atentou-se para o fato de que a jurisdição resulta, em verdade, da soberania do Estado e, junto com as funções administrativa e legislativa, compõe as funções estatais típicas [72]. Como pronunciou André Copetti, foi preciso repensar a distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população [73]. Logo, as

[71] O acesso ao direito, como afirma Leonardo Greco em sua obra "*O acesso ao Direito e à Justiça"*, mostra-se como um direito muito além do simples acesso à justiça. Afirma o douto estudioso no referido trabalho que "antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo dos seus direitos". Ver artigo publicado no Mundo Jurídico em 31.01.2003, disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 3 de setembro de 2010.

[72] É o que expõe Humberto Dalla Bernardina de PINHO no Capítulo 06 de sua obra "*Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[73] COPETTI, Andre. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível no site http://www.ihj.org.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

três funções estatais têm, agora, uma finalidade única, a saber, a concretização dos valores públicos constitucionais, e devem trabalhar em conjunto para atingi-la [74].

Com a mudança da concepção de Estado, também os Tribunais passaram a atuar de forma distinta, acompanhando a evolução dos litígios decorrentes da época e assumindo um gradativo incremento na participação política. Isso porque, a fim de conferir efetividade aos valores constitucionais, o judiciário foi obrigado a pronunciar-se a respeito dos pedidos da sociedade pela efetivação de direitos coletivos. Houve, então, uma extensão das suas funções tradicionais para além da resolução de conflitos individuais. Assim, ao mesmo tempo em que a concepção de um Estado Providência trazia intrínseca a ideia de bem-estar social, de atuação positiva e de redução das desigualdades sociais, também os Tribunais ganharam posição de destaque, ao tratarem de temas revestidos de cunho social, ligados, em boa parte, a uma obrigação de fazer estatal.

Entretanto, junto com as novas funções assumidas pelo judiciário, vieram também muitas questões acerca da legitimidade e dos limites do mesmo no exercício destas novas funções quando do julgamento dos processos coletivos. Dentre os debates surgidos, passa a ser questionado o poder do judiciário de avançar no âmbito de atribuições dos outros poderes (especialmente do executivo), e, desta forma, realizar ações que seriam, em princípio, de competência exclusiva de um deles, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Isso porque a efetivação de direitos sociais por meio de processos coletivos, ao veicularem-se pretensões que atingem uma grande extensão, tanto subjetiva quanto objetiva, acaba por estabelecer uma relação direta com o planejamento e execução de políticas públicas.

As novidades foram tantas e tão significativas que, em verdade, o judiciário não tem sido capaz de acompanhar as transformações culturais e sociais. Prova disso é a falta de eficácia e de eficiência da tutela coletiva no Brasil. A despeito de todas as mudanças advindas com o Estado Social, a sociedade ainda não tem seus direitos sociais respeitados. Menos de 10% das ações coletivas ajuizadas no Brasil recebem uma decisão de mérito e, dentre essas, pouquíssimas são executadas [75]. A situação mostra-se ainda pior quando se

[74] Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. Todavia, no arranjo institucional em vigor não se pode ignorar o fato de que em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. É o que entende Luis Roberto Barroso. Vide BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo disponível em http://www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

[75] Números conforme pesquisa sobre ações coletivas realizada por pesquisadores da UERJ cujo resultado final está publicado na seguinte obra: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense: 1999.

constata que a concretização de algumas dessas causas produz, ao contrário do que se pretendia, um impacto social negativo, porquanto interfere de forma equivocada nos planos do governo relativos às políticas públicas.

Ante à ausência de uma prestação jurisdicional justa, célere e adequada, é preciso estudar uma nova atitude e mentalidade do Estado-Juiz quando do julgamento do processo coletivo, sob pena de perpetuar a inefetividade da tutela jurisdicional ou, até mesmo, tornar esta tutela inconveniente para a sociedade. E esta é a proposta deste trabalho, reforçar o debate e a necessidade preeminente de trabalhar estes conceitos.

Desse modo, o presente texto pretende trazer a lume a necessidade de combater esta falta de efetividade no que tange aos processos coletivos e, por conseguinte, oportunizar uma real concretização dos direitos sociais, direitos estes considerados fundamentais. Urge encontrar um meio de se obter maior eficácia nas decisões em processos coletivos, e tal caminho deve também conferir legitimidade ao julgador no exercício dessa nova tarefa. Pois o papel do judiciário é conferir eficácia à Constituição, fazendo-o por meio da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente dos direitos referentes à sociedade como um todo, como o são os direitos coletivos.

Ora, o Estado-juiz deve desvendar maneiras de exercer seu papel com eficiência e eficácia, e não se furtar ao seu cumprimento. Afinal, o mundo muda, e é preciso adaptar-se às novidades. Mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações, e o processo judicial não se deve iniciar com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos, mas deve, sim, direcionar todos os esforços para atingir sua finalidade única: a realização da justiça.

Portanto, o que se deseja propor são novas condições teóricas e práticas capazes de possibilitar ao magistrado a alteração dos seus padrões tradicionais de atuação (uma vez que, atualmente, são apropriados apenas para os processos individuais), assumindo novas posturas, ativas, quando da efetivação de políticas públicas por meio de decisões judiciais em processos coletivos.

2. Relação entre direitos sociais, políticas públicas e processo coletivo

A premissa deste estudo perpassa pela constatação de que a efetivação de direitos transindividuais - principalmente dos sociais - por meio de ações coletivas estabelece relação direta com o planejamento e a execução de políticas públicas. A interferência direta

das decisões judiciais nas políticas públicas ocorre porque as ações coletivas veiculam pretensões que atingem uma grande extensão, tanto subjetiva quanto objetiva, sendo característica inerente dos processos coletivos cuidar de direitos de grande amplitude e relevância social [76].

Não tem como ser diferente ante os efeitos da coisa julgada que se operam nas ações coletivas em geral, porquanto a coisa julgada material é *secundum eventum litis*, isto é, a depender do resultado da decisão judicial, seus efeitos afetarão a esfera jurídica de sujeitos que nem assumiram a posição de partes (em sentido processual) na demanda [77]. Ora, é justamente esta a finalidade que se pretende atingir com a criação das tutelas coletivas. Ao contrário do que ocorre nas ações individuais, limitadas pelo efeito subjetivo da coisa julgada material, o processo coletivo se perfaz como um instrumento que abarca, a um só tempo, grandes parcelas da sociedade.

Assim, há uma relação direta entre os direitos coletivos e as políticas públicas, demonstrando que, na verdade, a tutela coletiva nada mais é que uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação direta da sociedade na reivindicação dos direitos fundamentais sociais.

As políticas públicas são programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [78]. Considerando que as políticas públicas se perfazem a partir da resposta governamental a demandas sociais, é de se concluir que elas têm que ser baseadas em valores comuns à sociedade, ou seja, devem representar a vontade de concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

As políticas públicas são 'metas coletivas conscientes' e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. São processo de “escolha racional e coletiva de

[76] Conforme exposição da Dra. Aline Araújo Passos, em artigo publicado *in* Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4ª ed. Salvador: Podivm, 2010, intitulado " *Ações Coletivas e implementação de Políticas Públicas para a tutela de Direitos Fundamentais*", é através do processo coletivo que se possibilita a concessão de um único provimento que venha repercutir favoravelmente na esfera jurídica de muitas pessoas, de modo a garantir aos conflitos de massa uma resolução adequada do ponto de vista material e uniforme, evitando-se resultados contraditórios e a multiplicação excessiva de ações em juízo.

[77] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos.* Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010.

[78] Conceito extraído da obra de Fabiana de Menezes Soares intitulada "*Direito Administrativo de Participação – cidadania, Direito, Estado e Município"*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito" [79]. Por isto mesmo, devem ser o resultado de um processo democrático.

Esse processo democrático que as origina deve ocorrer nos três principais órgãos estatais, isto é, deve se dar quando da criação da legislação que as elabora, quando de sua efetivação pelo poder executivo e, também, quando da discussão de sua correta aplicação e funcionamento no seio de um processo judicial coletivo. Isso porque a Constituição trouxe consigo a obrigatoriedade de cumprimento e de controle das prestações positivas por parte de todos os órgãos estatais, no sentido de concretizar a igualdade substancial de oportunidades (tutela essencialmente coletiva) e a dignidade humana (tutela essencialmente individual).

Como se vê, existem várias formas de concretizar o processo democrático, e uma delas é a discussão das políticas públicas nos autos de um processo judicial, sendo o Estado-Juiz agente legítimo para conduzir tais debates. Esta realidade não poderia ser diferente. Afinal, as ações coletivas foram criadas justamente para veicular pretensões, que atingem muitas pessoas a um só tempo e tratam de uma gama de direitos que se inter-relacionam. Com efeito, é característica inerente dos processos coletivos tratar de direitos de grande amplitude e relevância. Frise-se que é mesmo com esta finalidade que se criaram instrumentos capazes de, a um só tempo, abarcar grandes parcelas da sociedade. Neste sentido, a tutela coletiva se mostra como uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais sociais.

Com o desenvolvimento das ações coletivas, mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados e, principalmente, perante os demais "poderes" do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que, sob esse aspecto, vai aproximando os produtos do legislativo, do executivo e do judiciário. A vontade do legislador e do administrador se vê submetida à vontade do povo, ou melhor, da Constituição e dos direitos fundamentais.

E, quando o pleito do processo coletivo disser respeito à concretização de um direito social, inevitavelmente haverá interferência direta das decisões judiciais no planejamento e execução de políticas públicas, porquanto a efetivação de um direito social

[79] DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 264.

pretende atingir objetivos socialmente relevantes (e não fins individualizados) e depende da movimentação da máquina estatal, bem como de verbas públicas destinadas para tanto.

Como visto, nos amplos contextos em que se insere a decisão judicial em processos coletivos, especialmente aquela decisão em desfavor do poder público, ocorre, necessariamente, uma interferência (ainda que mínima) em uma política pública. Ora, a decisão judicial importará obrigatoriamente na alocação de mais recursos ou na alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situações equivalentes. Destarte, o poder judiciário se mostra legítimo e competente para intervir em políticas públicas, caso instado para isso por meio do ajuizamento de um processo coletivo.

Outra conclusão não pode ser tirada quando se percebe que a função do processo é a de ser um instrumento político de participação democrática. O raciocínio é simples. O direito estabelecido apenas ganha legitimidade na medida em que pode ser modificado conforme as alterações dos valores da sociedade que regula. E este processo de modificação deve ter a participação de todos, ou seja, deve ser democrático.

Todavia, saliente-se que uma democracia em sentido meramente formal não é capaz de promover a justiça social pretendida. É preciso uma democracia material que, por sua natureza, pressupõe uma constante mutação, uma vez que sua estrutura é elaborada justamente para permitir a ruptura das correntes teóricas centrais e majoritárias [80]. E é esta a concepção verdadeira de democracia, na qual não se apregoa a submissão de todos à vontade da maioria, mas sim o respeito a todos os seus participantes, principalmente no que tange ao mínimo existencial previsto constitucionalmente.

Assim, a democracia substancial não compreende somente um processo de decisão marcado pela existência de decisões periódicas e pela regra da maioria. Ela não é uma regra fixa que sempre prefere uma maioria simples em oposição a uma minoria, mas envolve um conceito de decisão e de discussão. Somente com a discussão é possível realizar uma democracia deliberativa. Esta noção de democracia deliberativa não é outra coisa senão uma tentativa de institucionalizar o discurso como um instrumento para produção de decisões políticas. E onde o discurso se faz mais presente que não no processo judicial?

[80] BOBBIO Norberto. *O Futuro de Democracia*. 9ª Ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Nesse passo, as demandas coletivas assumem um papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional. Com efeito, colocar em risco o princípio democrático é justamente impedir que a sociedade participe das escolhas políticas, principalmente aquelas que a afetam diretamente, como ocorre no caso das políticas públicas quando discutidas em processos coletivos.

A democracia não se faz de direitos supostamente pré-existentes, nem se faz do que dita o Estado, nem se faz do trabalho do judiciário, mas se faz com a inserção de todos no espaço processual de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei. A positivação dos direitos fundamentais na Constituição apenas confere certeza e liquidez aos direitos fundamentais [81].

Por derradeiro, a despeito de ser inevitável não interferir em políticas públicas quando se julgam ações coletivas cujo objeto seja a efetivação de direitos sociais, há quem defenda que algumas decisões em processos coletivos esbarrariam diretamente nas funções do executivo, e que, por isso, não seriam de competência do judiciário. Dentre os debates surgidos, passa a ser questionado se o judiciário tem poder de, efetivamente, avançar no âmbito de atribuições dos outros órgãos do Estado, e, desta forma, realizar ações que seriam, em princípio, de competência exclusiva do executivo, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais.

A legitimidade de o judiciário intervir em políticas públicas através de decisões em processos coletivos ainda é questão de desacordos, a começar pela resistência na aceitação de tais decisões por parte do próprio judiciário, resistência esta que deve ser superada a bem dos valores constitucionais, como se verá nos itens seguintes. Mas o que se deve ter em mente é que o campo das políticas públicas traz uma série de debates capazes de evidenciar uma verdadeira releitura na atuação do Estado-Juiz.

3. Uma nova função exige uma postura adequada

A jurisdição é exercida por meio do processo. Em consequência, as questões processuais devem ser solucionadas a partir da identificação do modo peculiar pelo qual se desenvolve a jurisdição. Portanto, assim como doutrina OWEN FISS em sua "teoria do

[81] LEAL, Rosemiro Pereira. *O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

modelo da reforma estrutural da jurisdição", é preciso acreditar na necessidade de abrir um novo caminho, diferente do tradicional modelo individualista de jurisdição, quando do julgamento dos processos coletivos [82].

Com a evolução da sociedade e a partir do desenvolvimento dos processos coletivos, foi acrescentada uma *nova função* àquela tradicional, que apenas pretende ofertar ao jurisdicionado o direito material: a de dar concreção dos valores públicos contidos na Constituição, realizando a justiça e a equidade social. Para Owen Fiss, o Direito nada mais é do que a incorporação concreta dos valores públicos[83] e, por isso, assumem tamanha importância, devendo ser resguardados pelo judiciário.

Esses valores públicos citados por Fiss, que conferem à sociedade identidade e coerência interna, sua moralidade pública característica[84], em uma leitura adequada à nossa realidade, são o que entendemos por direitos sociais. Por conseguinte, na sociedade moderna, cabe ao juiz compreender os direitos sociais incorporados no ordenamento jurídico e dar significado a eles, fazendo-o por meio da concretização de decisões judiciais em processos coletivos.

Inclusive, alguns Tribunais pátrios, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, já se tem posicionado no sentido de dar aplicação imediata às normas relativas aos direitos sociais à luz da teoria do mínimo existencial atrelado à dignidade humana. Os exemplos atuais envolvem, sobretudo, normas sobre saúde e educação presentes na Constituição, a exemplo do RE n. 410.715 de relatoria do Ministro Celso de Mello. Neste mesmo sentido relata Luís Roberto Barroso:

> "Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito a saúde e ao fornecimento de medicamentos e um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação a atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial especifica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações a Administração Publica para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde" [85]

[82] FISS, Owen (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[83] FISS, Owen. Ob. cit.
[84] Consoante o que doutrina Owen Fiss, estas são as funções dos valores públicos para a sociedade. Ver ob. cit.
[85] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Texto publicado no Informativo Migalhas, disponível em www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

A vontade de efetivar os valores insculpidos na Constituição passa a ser, então, a linha condutora do processo, principalmente do coletivo. O Direito não é mais reduzido à lei, como ocorria no positivismo clássico. Como mesmo ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a legitimidade e a validade da lei não advém mais somente da autoridade que dela emana[86]. Prossegue o autor, afirmando que, além de legitimidade formal, a lei precisa conformar-se substancialmente com os direitos positivados na Constituição.

Diante do pluralismo de fonte e do pluralismo da formação da lei, surge esta necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração princípios de justiça. A lei precisa ser controlada, pois leis formalmente perfeitas podem mostrar-se brutalmente discriminativas e arbitrárias. Ora, se a lei valesse em razão da autoridade que a edita, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não haveria como direcionar a produção dos direitos aos reais valores da sociedade.

Essas novas concepções de jurisdição e de Direito conferiram ao juiz uma função produtiva, não mais ficando ele restrito a dizer o direito. O jurista agora tem uma tarefa de construção, e não mais de revelação [87]. O magistrado não pode simplesmente aplicar a lei. Ele deve buscar sua substância e, concomitantemente, encontrar formas de limitar e conformar a lei aos princípios da justiça. No mesmo sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional, quando afirma que "o juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso, deve interpretar a regra processual de acordo" [88].

Todos os setores do Direito passaram a enxergar sua própria realidade com uma mesma lente, a lente da Constituição. Esta constitucionalização é ainda mais presente no Direito Processual, uma vez que este ramo regulamenta o exercício da função jurisdicional.

O fenômeno da "constitucionalização" dos direitos e garantias processuais ressalta o caráter publicístico do processo. Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se

[86] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.
[87] MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit.
[88] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174. Acesso em 10 de outubro de 2010.

tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social [89].

Toda essa realidade suscita mudanças no papel do julgador quando da condução do processo. Por isso, ao juiz é vedado deixar-se levar por esquemas procedimentais voltados exclusivamente a pretensões individuais. "É preciso resistir à sedução de soluções individualistas. (...) Nessa sedução, sucumbem, também, aquelas medidas procedimentais que, a bem de uma exagerada proteção de direitos individuais, inviabilizam uma solução coletiva" [90]. Neste sentido:

> "Seria um erro concluir, a partir desta análise, que devemos renunciar ao poder jurisdicional, como se tivéssemos outra maneira de proteger nossos valores públicos e por em xeque os poderes políticos do Estado intervencionista. Há, em vez disso, duas outras possibilidades. Uma é reexaminar nossos ideais individualistas e as formas de autoridade as quais eles dão origem; (...). A alternativa mais realista consiste em implementar pequenas mudanças na estrutura institucional que possam capacitar uma percepção mais completas dos ideais individualistas dentro de um mundo de caráter inteiramente diferente" [91]

Os valores previstos constitucionalmente transcendem os fins privados inerentes ao modelo tradicional de jurisdição baseado na solução de controvérsias, informando e limitando a função do Estado. Assim, o processo judicial não se deve iniciar com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos. É por isso que a doutrina em peso defende que o processo não pode mais ser entendido sem considerar sua duração razoável, o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana.

O acesso à justiça depende não só de envidar esforços para garantir a todos o acesso aos órgãos jurisdicionais. O acesso à ordem jurídica justa depende de um processo efetivo. A acessibilidade já foi garantida com os primeiros movimentos de acesso à justiça. Entretanto, o judiciário ainda deve buscar caminhos, a fim de trazer utilidade e eficiência à prestação jurisdicional, uma vez que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito de receber, da forma mais rápida e proveitosa, garantindo, contudo, o menor sacrifício para o vencido.

Para tanto, é preciso conferir operosidade aos institutos processuais previstos. Isso significa que todos os envolvidos na atividade judicial devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se atinja o efetivo acesso à justiça. Este princípio aplica-se, no campo subjetivo, a partir de uma atuação ética de todos os sujeitos do

[89] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site http://www.panoptica.org. Acesso em 14 de setembro de 2010, p.47.
[90] FISS, Owen. Ob. cit. p.12
[91] FISS, Owen. Ob. cit. p. 202

processo, os quais devem sempre zelar pela efetividade da atividade processual; e, no campo objetivo, ele pode ser instrumentalizado através da utilização correta dos meios processuais e dos seus procedimentos.

Ora, o Estado-Juiz deve desvendar maneiras de exercer seu papel com eficiência e eficácia, e não se furtar ao seu cumprimento. Afinal, o mundo muda. Mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações. Não devemos viver e trabalhar com um mundo não mais existente e que não podemos trazer de volta. Como afirma Humberto Dalla Bernardina de Pinho, "entre todos os sujeitos processuais, é o juiz aquele que mais necessita modificar sua mentalidade, a fim de adequá-la às necessidades do mundo globalizado" [92]. Esta também é a posição de outros estudiosos do tema, como mesmo demonstra Dierle Nunes e Alexandre Bahia no seguinte trecho:

> 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, ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados [93].

Desse modo, um novo modelo de jurisdição deve ser criado, de forma a adaptar a forma tradicional do processo individual à realidade social em transformação. É por isso que o novo papel social do judiciário demanda uma nova postura de condução do processo. Assim, a preocupação com o modo de atuação do magistrado nas demandas coletivas mostra-se, indiscutivelmente, se não a primeira medida, o instrumento mais seguro e viável no combate às incertezas advindas do exercício das atribuições recém-desveladas do judiciário.

4. As características da Mediação

O salto qualitativo que deve dar a Justiça como serviço público essencial talvez ainda não esteja ao alcance dos meios de que, para esse fim, pode dispor o Estado, num país não tão desenvolvido como o Brasil. O judiciário se viu abarrotado de ações e não

[92] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 282.
[93] NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. *Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010, p. 5.

possui estrutura e nem funcionários suficientes para o exercício da função jurisdicional em tempo razoável. Por isso, mais do que em países ricos, o acesso à Justiça dependerá, em grande parte, da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada, como, por exemplo, os meios alternativos de solução de conflitos.

E, para que a tutela diferenciada se consolide, é necessário que, além da confiabilidade das decisões, ela apresente vantagens acentuadas em relação à jurisdição comum, quanto à rapidez, informalidade e ao custo. E é nestes pontos que a técnica da mediação leva vantagem. Isto porque ela tem como características a economia de tempo e recursos financeiros, a informalidade (oralidade e ambiente descontraído), a autonomia das decisões (não exige homologação futura) e o equilíbrio entre as partes.

O trabalho de mediação tem demonstrado, nas ultimas décadas, uma diversidade de aplicação. O processo tem-se revelado eficaz em várias áreas. Não há limites para o uso da mediação, exceto os legais. As disputas industriais e do trabalho e as disputas de família são as que mais têm usado o instituto no Brasil.

Não é à toa que a mediação é o meio alternativo que mais cresce na América. Nos Estados Unidos, por exemplo, ela opera em dois contextos: a mediação determinada ou adotada pelo tribunal, utilizando servidores da justiça habilitados e mantidos pelos tribunais; a mediação realizada pelas partes em litígio que, por si só, escolhem tal alternativa para solução de seus conflitos.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho explica que a forma e os limites que vão pautar a atuação do mediador vão indicar a modalidade de mediação, havendo basicamente dois tipos de mediação: a ativa e a passiva [94]. O autor esclarece que a mediação ativa é a chamada conciliação no Brasil. É a mediação avaliadora. O mediador vai facilitar o entendimento entre as partes e, principalmente, interagir com elas, apresentando soluções e buscando caminhos que não haviam sido pensados. Pode admoestar a parte, falando de uma ou outra proposta que pode ser muito elevada, ou baixa. Ele vai influenciar no resultado do litígio.

Mas essa não é a verdadeira mediação. A mediação ora tratada não pode ser confundida com a conciliação. Ela envolve um processo em que o papel do mediador é mais ativo em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal. Ao contrário da mediação, a conciliação

[94] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010.

abarca um acordo de vontades, a realização de concessões recíprocas, e o terceiro interventor em papel menos destacado do que na mediação, uma vez que se limita ao ajuste da situação conflituosa [95].

Portanto, o que nos interessa é a mediação passiva, na qual o terceiro vai apenas ouvir a versão das partes e funcionar como um agente facilitador, procurando aparar as arestas, sem, entretanto, introduzir o seu ponto de vista; apresentar soluções ou, ainda, fazer propostas ou contrapostas às partes. Será um expectador, um facilitador.

O mediador deve ser um terceiro neutro, ou seja, indiferente ao êxito do pleito, somente largando mão de sua neutralidade em casos extremos. Deve buscar a aproximação das partes em litígio, testando separadamente as suas respectivas posições e procurando oferecer diversos ângulos não observados pelas partes devido à conflituosidade. O mediador é um catalisador, reaproximando as partes de forma a encontrarem por meio da negociação e por seus próprios esforços um acordo que atenda a seus interesses. Até porque a mediação é uma das formas de auto composição.

Na mediação, não se busca uma decisão que ponha um ponto final à controvérsia. O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa. Estas características da técnica da mediação a tornam um exemplo de instrumento judicial em prol da democracia.

O mediador, por sua vez, obrigatoriamente deve conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em pauta e deve possuir qualidades específicas para facilitar uma boa solução do conflito. Deve ter grande capacidade e habilidade comunicativa. Deve facilitar a comunicação e permitir que as pessoas em disputa examinem a controvérsia, baseadas em diversas perspectivas, auxiliando a elaboração de um acordo mutuamente satisfatório e viável e desenvolvendo as negociações via formulação das adequadas sugestões de encaminhamento [96].

Ante todas as vantagens da mediação, salienta-se que, para seu resultado ser satisfatório, é necessária uma boa vontade das partes e, por isso, ela deve ter a concordância dos interessados [97]. Todos os presentes devem anuir quanto aos

[95] MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 58.
[96] MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit.
[97] É o que defende Humberto Dalla Bernardina de Pinho em seu artigo "*A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*", conforme citação bibliográfica. Acrescenta o autor que "é um erro pensar

procedimentos utilizados e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Ressalta-se, entretanto, que, apesar de célere quando comparada à decisão judicial de mérito definitiva por meio do judiciário, uma mediação bem feita demanda tempo e encontros reiterados. Chegar a um acordo por meio da mediação não é tarefa fácil. Exige dedicação, preparação adequada do mediador e tempo, mas não tanto tempo quanto o necessário para findar um processo judicial. Por isso, é um erro pensar em executar mediações em série. A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único e demanda dedicação.

Mister salientar, entretanto, que a despeito de tantas vantagens, em decorrência de suas características peculiares, nem sempre a mediação é a melhor opção. Ela é eficiente em algumas situações apenas. A depender das características do caso, uma solução impositiva deve ser a escolha mais adequada. Se a via consensual estiver irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou de ambas as partes ou, ainda, pela falta de habilidade em lidar com o conflito, não caberá mediação [98]. Nesse caso, deve-se recorrer à adjudicação, ou decisão forçada. Por isso mesmo, este meio alternativo de solução de conflitos não tem a pretensão de substituir a jurisdição.

Saber quando optar pela mediação é essencial para a resolução adequada de um litígio. Este meio é eficaz quando os participantes da contenda desejarem ter controle sobre o processo; quando há prevalência de questões de fato sobre questões jurídicas; quando existe um equilíbrio de poder entre os litigantes; quando não há necessidade de se realizarem provas, perícias ou de se ouvirem testemunhas; e, quando existe o anseio de que relações futuras sejam preservadas, sendo necessário se evitarem situações de vitória e derrota entre as partes. Todas estas características podem ser vislumbradas em um processo coletivo, pois é de interesse da sociedade e de interesse do próprio Estado que, na quase totalidade dos casos, ocupa o polo passivo, a efetivação dos direitos sociais pleiteados.

Quanto ao momento da mediação, como preleciona o promotor Humberto Dalla, via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como já visto, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa

na mediação como a panacéia para todos os males, até porque, sua premissa básica é a voluntariedade e a boa fé de seus atores".

[98] Realmente a mediação não deve ser utilizada indiscriminada e genericamente em todos os procedimentos civis. Deve haver um mecanismo de filtragem, de modo que seja utilizada, apenas, nas hipóteses nas quais possa ser útil. Este é o entendimento esposado por Humberto Dalla no artigo acima referido intitulado "*A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*".

jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar mais uma vez a autocomposição, não somente através da conciliação, mas também pela mediação [99]. Esta segunda forma é a que se propõe neste trabalho como solução ao problema da ineficácia da tutela jurisdicional coletiva relativa a políticas públicas.

A introdução da mediação passiva no processo coletivo, por analogia, deve seguir os moldes da conciliação, ou seja, poderia ocorrer em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um mediador, ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do CPC); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de mediação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do CPC).

Ante o novo modelo de jurisdição decorrente do Estado Social, busca-se garantir a efetividade das demandas coletivas através de uma flexibilização processual, abandonando-se a estrutura tradicional individualista e assumindo-se uma nova postura. Uma destas novas posturas do juiz, quando da condução de processos coletivos, certamente, deve ser a adoção do papel de mediador.

Até porque, a mediação, conciliação, arbitragem e juizados especiais representam um ensejo concreto de participação popular na administração da justiça e sua consequente democratização, além de constituírem uma clara resposta à exaustão do atual modelo judiciário estatal [100].

5. Solução consensual e direitos indisponíveis

Ao propor a mediação como parte integrante dos procedimentos iniciais adotados no âmbito dos processos coletivos, está-se propondo uma solução consensual. Tal fato enseja a seguinte indagação: como compatibilizar uma solução consensual com direitos indisponíveis? Afinal, os direitos veiculados em sede de ações coletivas, especialmente as que tratam de políticas públicas, são direitos fundamentais, dos quais não se pode dispor. Como então poderia o Estado transacionar tais direitos?

Na realidade, o Estado social assume abertamente a obrigação com a sociedade de fazer valer os direitos fundamentais. Ele não pode recusar-se a cumpri-los. A não

[99] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010, p. 04.
[100] MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit. p. 63.

efetivação do direito pleiteado decorre de fatores outros que não a discussão acerca da obrigatoriedade do Estado em promover os direitos sociais. Por isso, quando se discutem tais questões em juízo, o Estado não pode pretender negar tal finalidade, mas apenas colocar em discussão as razões pelas quais não está cumprindo sua obrigação.

Assim sendo, não cabe ao Estado administrador reduzir os direitos dos cidadãos que buscaram a justiça para efetivação dos direitos fundamentais. Cabe a ele perquirir meios justos e equânimes para sua realização e não se furtar ao seu cumprimento. E esta busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas com franqueza e visando à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a ambas as partes.

Os direitos fundamentais são indisponíveis e não podem sofrer renúncia pura e simples. São direitos líquidos e certos e, portanto, exigíveis. Esta liquidez e certeza foi conferida pela própria Constituição. Portanto, o emprego da mediação não visa a uma transação propriamente dita, isto é, alcançar concessões recíprocas. Até porque, como preleciona Medina, a mediação busca essencialmente a aproximação das partes e seu entendimento. O instituto da mediação não se preocupa unicamente com a obtenção de um simples acordo entre os indivíduos litigantes. O objetivo maior a ser alcançado na mediação é o reatamento entre aqueles que estavam em conflito. Pacificar relações, eis o fim máximo pretendido com a mediação [101].

Assim sendo, o que haverá nestas ações coletivas é um ajuste de vontades para efetivação dos direitos fundamentais, e não uma renúncia deles. O que haverá é a busca por meios mais eficientes e céleres para efetivação dos direitos fundamentais por meio do emprego da técnica da mediação.

6. Considerações Finais

Portanto, não restam dúvidas acerca da possibilidade, ou melhor, do poder-dever do judiciário de resguardar os valores fundamentais insculpidos na Constituição, ainda que para tanto se obrigue a proferir decisões que interfiram direta ou indiretamente nos planejamentos do executivo.

Todavia, a despeito dessa importante função conferida ao judiciário, é necessário reconhecer que ela não tem sido realizada como deveria. É fato que as ações coletivas,

[101] MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit. p.58.

principalmente aquelas que têm como objeto a realização de políticas públicas, apresentam hoje baixo, ou quase nenhum, índice de eficácia.

A primeira causa desse fracasso é o aumento em grande escala de demandas judiciais. O fato de o Estado transformar-se em instituição prestacional somado à ampliação do acesso à justiça levou ao abarrotamento do judiciário. As demandas são inúmeras e cada vez mais complexas. Por razões lógicas, a estrutura da função jurisdicional não foi capaz de responder em tempo razoável e de forma eficaz a todos os pleitos. A morosidade é tamanha que, em alguns casos, ocasiona a inocuidade da decisão. Outra causa é a estrutura individualista do processo, que não traz em seu bojo procedimentos adequados para a tutela dos direitos coletivos. As questões sociais não podem ser tratadas da mesma forma que os litígios particularizados.

Em se tratando de direitos de grande importância e repercussão social, e ante as resistências opostas ao intervencionismo do judiciário nas políticas públicas, faz-se imprescindível encontrar meios de se obter eficácia nas decisões proferidas em processos coletivos. E o caminho buscado, além de ser efetivo, deve estar apto a conferir legitimidade ao julgador no exercício dessa nova tarefa, a saber, a concretização dos valores sociais previstos constitucionalmente.

Para se efetivarem as mudanças necessárias, o judiciário tem que abandonar a noção individualista do processo, tomando-o como um instrumento de participação democrática do povo. Quer-se, com isto, dizer que a formação da vontade estatal precisa fundamentar-se no interesse social, em benefícios para a coletividade, que serão muito bem identificados quando todos os interessados puderem participar do processo de formação desta vontade. A participação democrática integra cidadãos e Estado, garantindo a racionalidade e a aceitabilidade das decisões.

É claro que não se pode conceber mais o processo democrático como o mero cumprimento do "dever cívico" de votar nas eleições periódicas. A democracia não pode se limitar a um processo de representação política. É indispensável a criação, a institucionalização de canais de participação direta dos cidadãos nos processos decisórios do Estado. Por isso, há necessidade de se estabelecerem processos de comunicação entre o governo e o particular, seja um processo administrativo, um processo eleitoral ou, ainda, um processo judicial. Neste último caso, a participação popular ocorre fundamentalmente no âmbito dos processos coletivos. É o que afirma Sérgio Cruz Arenhart:

> A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da

> jurídica. Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete [102].

Nesse sentido, o processo judicial coletivo não deve ser visto como um mero desencadear de atos organizados logicamente como preparativo de uma decisão final. Não se confunde com construções formalistas. Deve ser compreendido como uma relação jurídica em que se busca a cooperação dos cidadãos nas tomadas de decisão.

O processo na atualidade, muito mais do que um *iter*, é visto como o "espaço" preferencial para o desenrolar das relações jurídicas. Esta feição aponta para a necessidade de criar-se uma 'estrutura aberta, flexível e pluridimensional', afastando-se dos modelos que adotam uma rígida estruturação normativa das etapas do procedimento. E, um dos procedimentos para se flexibilizar a rigidez do tradicional processo judicial, adaptando-o aos conflitos coletivos é introduzir a mediação como etapa necessária.

Em processos coletivos nos quais se discute a tutela de direitos sociais intimamente relacionados com atuações do Estado em políticas públicas, deve haver sempre a participação de todos aqueles diretamente responsáveis pela solução dos problemas postos em discussão. A presença das autoridades competentes e dos cidadãos e órgãos interessados se fará por meio de audiências, nas quais o magistrado assumirá o papel de mediador, a fim de buscar soluções apropriadas para conciliar os valores públicos que se chocam no caso concreto.

É certo que a mediação, por demandar tempo, dedicação e encontros reiterados em audiências, pode parecer em um primeiro momento, não muito vantajosa. Mas trata-se de uma conclusão precipitada, pois, a despeito de já ter sido movimentada a máquina judiciária, a busca por uma solução conciliatória no início do processo resulta, necessariamente, em pelo menos uma, de duas situações proveitosas: se bem sucedida, economizará os anos que o processo restaria sem decisão, tramitando nas instâncias judiciárias. Mas caso, por outro lado, as audiências não resultem em autocomposição, ainda assim, haverá benefícios, porquanto o magistrado tomará ciência de informações a que não teria acesso pelas vias procedimentais ordinárias.

[102] ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177. Acesso em 12 de setembro de 2010.

Destarte, ainda que não se chegue a uma solução consensual, o trabalho de mediação realizado nunca será perdido porquanto o juiz, ao conhecer os vários ângulos dos interesses das partes bem como entender as dificuldades para implementação do pleito inicial, terá melhores condições de ponderar os interesses em jogo.

Ademais, a posição de mediador e as reiteradas audiências permitem que a responsabilidade não fique restrita ao juiz, que, muitas vezes, não domina o assunto e nem o conhece com detalhes. E este impasse pode ser solucionado na medida em que os encontros das partes permitam que a questão seja pormenorizada, abrindo o leque de soluções possíveis.

Com o uso da técnica da mediação, há um outro benefício ainda mais vantajoso que os até então apresentados: o combate à visão "micro" do Judiciário e ao "privilégio" dos que demandam. Isso porque as principais desvantagens de uma decisão judicial que influencie as políticas públicas são as vantagens concedidas a quem recorre à justiça sobre os demais cidadãos que não o fazem, mas que também merecem a tutela pleiteada.

Esse é um problema grave, pois a decisão judicial em questões de direitos coletivos, muitas vezes, devido a esta visão reduzida, é capaz de gerar uma "política do fura fila". Quer dizer-se com isto que aqueles que recorrem ao judiciário são beneficiados em detrimento de outros tantos que não tiveram ou não puderam ter este acesso. Esta dificuldade está relacionada com a visão segmentada do Judiciário, uma vez que na maioria dos casos o Estado-Juiz não considera a amplitude global do problema, mas apenas o caso que lhe é apresentado. A ampliação da visão do juiz permitida pela mediação reduz significativamente o risco de decisões deste tipo.

Conforme se vê, há uma completa interação entre o processo coletivo e a formulação democrática de políticas públicas, sendo que a mediação representa e concretiza a participação do particular na solução de conflitos, na resolução de controvérsias e na distribuição da justiça. A mediação como etapa prévia da instrução processual nas demandas coletivas torna realidade a atuação do cidadão na administração da justiça. É o povo como solucionador das contendas.

Todavia, é importante ressaltar que o emprego dos meios alternativos de solução de controvérsia, especialmente a mediação, não deve representar somente uma fuga da justiça estatal ou o remédio exclusivo para a denegação ou para a excessiva morosidade da justiça estatal. Deve, ao contrário, complementar a forma estatal de resolução de conflitos.

Isso porque sempre que os meios alternativos se desenvolvem como reação à crise da justiça pública, eles nada mais são do que instrumentos de injustiça e de sobreposição dos desígnios do mais forte sobre o mais fraco. Este risco deve ser evitado sob pena de a mediação pairar como instrumento de opressão e não de exaltação da dignidade humana, da tutela efetiva dos direitos do cidadão e do restabelecimento de uma convivência social harmoniosa e pacífica.

Por último, é preciso atentar-se para o fato de que, apesar de a mediação se mostrar um meio essencial para legitimar as decisões em processos coletivos relativos a políticas públicas, ela é instrumento insuficiente para resolver *todos* os problemas de ineficácia das ações coletivas. Ora, tão urgente quanto a ampliação de tutelas diferenciadas é uma reforma processual humanizadora, apta a prevenir e equacionar com celeridade e baixo custo os chamados litígios do contencioso de massa e a introduzir nas ações coletivas procedimentos probatórios próprios, como as audiências públicas e a intervenção voluntária técnica, para levar em conta o pluralismo social, e permitir que o juiz exerça com segurança as novas responsabilidades gerenciais e normativas que certos direitos de terceira ou quarta geração depositam nas suas mãos. Somente assim será possível oferecer ao jurisdicionado um verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, um verdadeiro acesso ao direito.

7. Bibliografia

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177. Acesso em 12 de setembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo disponível em http://www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Texto publicado no Informativo Migalhas, disponível em www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

BOBBIO Norberto. *O Futuro de Democracia*. 9ª Ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site http://www.panoptica.org. Acesso em 14 de setembro de 2010.

COPETTI, Andre. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível no site http://www.ihj.org.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

FISS, Owen (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Artigo publicado no Mundo Jurídico em 31.01.2003, disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 3 de setembro de 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174. Acesso em 10 de outubro de 2010.

_____. *Teoria Geral do Processo*. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23/158.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. *Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

PASSOS, Aline Araújo. *Ações Coletivas e implementação de Políticas Públicas para a tutela de Direitos Fundamentais*. in Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4ª ed. Salvador: Podivm, 2010.

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

_____. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 5 de setembro de 2010.

_____. *Ações de Classe. Direito Comparado e Aspectos Processuais relevantes*. Simpósio de Processo Civil ocorrido na EMERJ em 28/09/2001. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 5 de setembro de 2010.

_____. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010.

_____. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010.

_____. *Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br. Acesso em 12 de setembro de 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação – cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

O *CASE MANAGEMENT* INGLÊS: UM SISTEMA MADURO?

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Doutorando em Direito Processual Civil pela UERJ
Mestre em Direito Processual Civil pela UERJ. Visiting Scholar *na Universidade de Cambridge (Inglaterra). Advogado no Rio de Janeiro.*

Resumo: O presente trabalho aborda o sistema inglês de gestão dos processos pelos juízes. O escopo da pesquisa é explorar a chamada *Wolf's Reform*, que transformou a jurisdição civil inglesa. São primeiramente analisadas as modificações culturais ocorridas e, em seguida, é abordada a outorga de poderes discricionários de gestão às cortes. São, ainda, investigados os principais instrumentos oferecidos pela legislação processual inglesa, que permitem aos juízes lidar com as demandas com atenção aos objetivos traçadas para o exercício da jurisdição. Por fim, o estudo examina as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos e as conquistas da reforma após doze anos de vigência da lei.

Abstract: The present work deals with the English court case management system. The aim of the research was to explore the Wolf's Reform which transforms the English Civil Justice. The cultural change is primarily analyzed, followed by judicial discretion and the court's new managerial powers. It is yet investigated the main instruments provided by the Civil Procedure Rules to allow the English Courts to manage cases regarding the Overriding Objective. Finally, the study deals with decisions of the European Court of Human Rights and with the Wolf's Reform's achievements twelve years on.

Palavras-chave: direito inglês; processo civil; gestão de processos; discricionariedade.

Keywords: English Law. Civil Procedure. Case management. Discretion.

Sumário: 1- Introdução; 2- A *Woolf's Reform* e antecedentes: mudança cultural; 2.1. Mudança na cultura; 2.2. *Overriding Objetive*: os escopos da jurisdição e do *case management*; 2.3. Discricionariedade; 3- A abrangência do *case management* nas *Civil Procedure Rules* (CPR); 3.1. Escolha do procedimento; 3.2. *Timetabling* e penas pelo não cumprimento das ordens judiciais; 3.3. *Default Judgment*, *Striking Out* e *Summary Judgment*; 3.3.1. *Default Judgment*; 3.3.2. *Striking Out*; 3.3.3. *Summary Judgment*; 3.3.4. Diferenças entre *Striking Out* e *Summary Judgment*; 3.4. Suspensão do processo e incentivos à utilização de ADR; 3.5. Admissão de provas e *cross examination*; 4- A reação da Corte Européia de Direitos Humanos e o impacto na Europa Continental; 4.1. Decisões da Corte Européia em relação à aplicação do *striking out*; 4.2. Entendimento da Corte Européia a respeito do incentivo à utilização de mediação; 4.3. O impacto das CPR na Europa Continental; 5- Pontos de sucesso, deficiências e perspectivas; 6- Conclusão.

1. Introdução

Após quase doze anos de vigência, as *Civil Procedure Rules* inglesas ainda despertam o interesse da comunidade jurídica global. A nova legislação processual mexeu com tradições enraizadas na cultura anglossaxã e promoveu uma revolução na justiça civil inglesa e galesa. A nova ideologia tem como principal alicerce o controle e a gestão dos processos pelos magistrados, retirando das mãos dos advogados o poder de administrar o tempo e a forma do ato processual.

O chamado *court control of litigation*, ou controle judicial sobre o processo, é o objeto do presente estudo. Pretende-se descortinar o porquê do interesse e da curiosidade de estudiosos pertencentes à família da *Civil Law* a respeito do *case management*, uma vez que a gestão de processos pelo órgão judicial em seus países não configura nenhuma novidade. Para tanto, dividiu-se o trabalho em quatro seções.

Na primeira, analisar-se-á o processo de reforma da legislação processual na Inglaterra e no País de Gales e as implicações culturais que daí decorreram. Ainda nessa seção, serão examinados os escopos traçados para o exercício da jurisdição e os instrumentos disponibilizados pelo legislador para sua consecução. No momento seguinte, é investigada a abrangência dos poderes de gestão de processos e os institutos concebidos para reduzir e adequar o procedimento. Examinar-se-á, ademais, a relação entre jurisdição e demais métodos de solução de conflito, bem como a importância da mediação para o sucesso da reforma.

O impacto das *Civil Procedure Rules* na *European Court of Human Rights* e sua influência nos demais países europeus é o objeto da seção subseqüente. Finalmente, serão relatados os pontos de sucesso e de fracasso do *case management* após cerca de doze anos de vigência da lei e quais as perspectivas futuras da jurisdição civil inglesa.

2- A *Woolf's Reform* e antecedentes: mudança cultural.

Até o final da década de 1990, os litígios em matéria civil travados na Inglaterra e no País de Gales eram regulados por duas fontes legislativas de direito processual, quais sejam, RSC (*Rules of the Supreme Court*), que lidavam com questões referentes à *High Court* e à *Court of Appel*, e CCR (*County Court Rules*). O juiz desempenhava, então, um papel passivo, por meio do qual apenas reagia às provocações das partes e de seus advogados, os efetivos responsáveis pela gestão dos processos. As diretrizes sugeridas pela corte podiam ser ignoradas sem maiores conseqüências.[103]

O panorama da jurisdição civil não era dos melhores, na visão do público e de especialistas. Robert Turner, juiz da Suprema Corte, identificou uma desilusão entre os jurisdicionados, decorrente da alta complexidade e dos excessivos custos da justiça civil inglesa[104], que refletiam no direito ao acesso à justiça. Adrian Zuckerman, professor da Universidade de Oxford, também enxergava problemas relacionados à utilização indevida e desproporcional dos recursos dos tribunais, à falta de cumprimento de ordens judiciais e ausência de instrumentos capazes de coibi-la, à alta complexidade envolvida no tratamento do caso, à duração demasiada da solução de litígios satélites sobre questões processuais e ao crescimento dos custos na utilização da jurisdição.[105]

O governo inglês compartilhava da mesma percepção. Em 1994, o Lord Chancellor – membro do alto escalão do governo – determinou, pois, que o *Master of Rolls*,[106] Lord Woolf, analisasse o estado da jurisdição civil na Inglaterra e País de Gales e produzisse relatório capaz de indicar alterações legislativas voltadas à melhoria do sistema. Foram, destarte, produzidos dois relatórios sobre acesso à justiça, que apresentaram os problemas a serem enfrentados na reforma e as mudanças que Lord Woolf entendia suficientes à sua solução.[107]

A reforma que estava por vir buscava implementar um sistema que: (i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as

[103] TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 77-88, p. 79.
[104] Idem, p. 78.
[105] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*: principles of practice. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 1.
[106] O segundo mais importante juiz do país, atrás do *Lord Chief Justice*.
[107] V. Lord Woolf's Access to Justice reports. Disponível em http://webarchive.nationalarchives.gov.uk /+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm. Acesso em 16/11/2010.

necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e (viii) fosse bem estruturado e organizado.[108]

No novo modelo, dentre as mudanças sugeridas, uma se destacava ao ser considerada a pedra angular da nova lei. Lord Woolf sugeriu, como alteração indispensável ao sucesso da empreitada, o deslocamento da gestão dos processos das mãos das partes – ou, mais precisamente, das mãos de seus advogados – para os juízes. O papel ativo da corte já vinha sendo discutido e vinha amadurecendo desde a década de 1970 na Inglaterra. Sir Jacob, falecido juiz e professor da *University College London*, em conferências realizadas nos anos de 1979 e 1980, publicadas posteriormente em 1982, já defendia o *court active role* como forma de combater os males da justiça civil, como atraso na solução dos casos e complexidade excessiva.[109]

Tendo como carro chefe o *case management* sob responsabilidade dos magistrados, as *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1998, vigentes a partir de abril de 1999, apresentam-se não como a primeira lei processual inglesa, mas como o primeiro código de processo civil,[110] que surpreende pela riqueza de detalhes com a qual disciplinas as regras processuais, comparável aos tradicionais códigos da Europa Continental. Acompanhando as normas, foram disponibilizadas *practice directions*, isto é, diretrizes para esclarecer a aplicação das novas regras.[111]

Em que pese o grande alarde em volta da gestão processual pelas cortes, o papel ativo já era exercido, pré-CPR, pelos juízes do *Commercial Court*.[112] É provável que o sucesso do *case management* obtido nesse tribunal tenha sido o propulsor faltante para a transferência de poderes entre os sujeitos do processo. O primeiro importante precedente

[108] Idem; CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 33-49, p. 40: "Apart from Woolf, all the reports to which I have referred adopted the same basic approach as had been adopted in the nineteenth century. They each had the same aim: to reduce litigation complexity, cost, and delay, although I should perhaps except the Peel Committee, as they explicitly stated that they were not looking to reduce litigation cost through their report".

[109] JACOB, (Sir) Jack I. H. *The Reforms of Civil Procedural Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982, p. 6-7, 25 e 64.

[110] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*: judicial and alternative forms of dispute resolution in England. Germany: Mohr Siebeck, 2008, p. 18-19.

[111] CPR e Practice Directions disponíveis em www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm. Acesso em 17/11/2010.

[112] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*: fundamentals of the new civil justice system. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 30-31: "Certainly, the new rules represent the greatest shake-up in civil procedure since the 1870s, when the common law and equity jurisdiction were fused in a combined High Court, or since the virtual disappearance of jury trial during the last century. It is surprising, therefore, that the merits of 'case-management', the jewel in the new procedural crown, were not tested in a pilot-scheme (outside the Commercial Court, where case-management has been practiced for some time)".

surgiu na *House of Lords*, que reformou decisão da *Court of Appeal*,[113] a qual, por sua vez, havia revogado ordem de corte de primeira instância. A decisão inicial dividira as questões a serem julgadas, adiantando a apreciação de questão prejudicial e de mais simples solução. A *House of Lords* sustentou que o juiz identificou corretamente as questões a serem julgadas preliminarmente e não cabe ao tribunal de apelação interferir em tal decisão.[114]

Em 1995, a *High Court* estabeleceu diretrizes aos juízes para o exercício do *case management*. As funções abrangiam a possibilidade, entre outras, de limitação da *discovery* e do depoimento de testemunhas em *cross-examination*.[115] O sucesso da iniciativa da *Commercial Court* também foi comprovado por pesquisa de campo, noticiada por Ross Cranston. Após a realização de entrevistas com 140 advogados – na sua maioria, *barristers*[116] -, 98% dos entrevistados concordaram que a fixação de um calendário (*timetable*) para a prática de atos processuais é capaz de reduzir atrasos. Cerca de 90% considerava que o calendário devia ser estabelecido o quanto antes e que as partes deveriam ser compelidas a respeitá-lo.[117]

Juízes, advogados e acadêmicos pactuavam o mesmo sentimento de que a gestão do processo deveria mudar de mãos.

2.1. Mudança na cultura

Mas, para concretizar essa mudança, os operadores do direito na Inglaterra e no País de Gales tinham que enfrentar um entrave cultural. Como propagadores do chamado sistema adversarial em todos os países integrantes da família da *Common Law*, os papeis

[113] Para melhor compreensão do sistema de organização judiciária inglês e sua terminologia ver a boa tradução para o português da obra de Neil Andrews de nota n.º 8: ANDREWS, Neil H; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientadora e revisora da tradução). *O Moderno Processo Civil Inglês*: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2010.
[114] House of Lords. Ashmore and Others v Corporation of Lloyd's, (1992). Weekly Law Reports, 1, p. 446, 454.
[115] High Court. Practice direction (civil litigation: case management) (1995). Weekly Law Reports, 1, p. 508-510, p. 508: "The paramount importance of reducing the cost and delay of civil litigation makes it necessary for judges sitting at first instance to assert greater control over the preparation for and conduct of hearings than has hitherto been customary. Failure by practitioners to conduct cases economically will be visited by appropriate orders for costs, including wasted costs orders".
[116] V. nota 11.
[117] CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure*: essays on 'Acees to Justice'. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 31-59, p. 39.

dos sujeitos do processo estavam arraigados na tradição britânica e, com efeito, seriam um obstáculo a ser superado na implantação das CPR.

Ao se classificar um sistema como da família da C*ommon Law*, certas características são observadas. Uma delas é a disposição do procedimento voltada para a preparação e culminação dos trabalhos com o *trial*. Não é fácil realizar a simples tradução do que seria esse instituto, já que é mais do que uma audiência de instrução e julgamento, é normalmente presidido por juiz diverso daquele que funcionou na fase *pre-trial* e possui uma composição distinta de atos processuais em relação ao que vivenciamos no Brasil e em outros países da *Civil Law*. Tradicionalmente, o procedimento nos países que adotam esse sistema gira em torno do *trial*, que é para onde todos os esforços e atos convergem. Contudo, essa peculiaridade de concepção do procedimento como preparação para o ato final não é mais facilmente encontrada na Inglaterra.

Zuckerman enxerga essa alteração não só relacionada ao *case management*, mas encontrada em toda a estrutura das CPR. O exercício da jurisdição é, agora, um processo contínuo, no qual o *trial* é apenas o estágio derradeiro e não necessariamente o mais importante, o que leva o autor a concluir que ocorreu uma significante aproximação ao sistema da C*ivil Law*.[118] As estatísticas oficiais corroboram com essa percepção, demonstrando que a grande maioria dos conflitos é resolvido sem a realização de t*rial*, mas por meio de acordo, *default judgment* ou *summary judgment*. [119]

Outro importante traço encontrado no sistema da *Common Law* é a adversariedade (*adversarial system*), que consiste no protagonismo exercido pelas partes e seus advogados em oposição ao ativismo judicial de sistemas inquisitoriais. Com a transferência da responsabilidade de gerir os processos estabelecida pelas CPR, iniciou-se um debate entre os estudiosos do processo, no qual se indagava se a nova legislação havia extirpado a cultura adversarial.

Alguns autores, no limiar da reforma, defendiam que essa tradição não havia sido abandonada, mas apenas tinha-se incluído uma nova "parte" na relação processual: a corte.[120] Essa assertiva talvez servisse como um paliativo para os advogados e para seus

[118] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 39-40; ASSER, Daan. The influences of the CPR on Civil Procedure and Evidence Reform in the Netherlands. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 379-394, p. 380.
[119] Disponível em http://www.official-documents.gov.uk. Acesso em 17/11/2010.
[120] GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 8 e p. 66: "Consistently with Lord Wolf's aim of passing 'ultimate responsibility for the control of litigation from the litigants and their legal advisers to the court', there should in future be at least three parties to any litigation and never only too. The 'new' or 'extra' party is the court

possíveis orgulhos feridos. Era como dizer: "a corte tem um papel ativo agora, mas são vocês ainda quem mandam". Vozes respeitadas ainda defendem que o controle do litígio pela corte não alterou fundamentalmente a natureza adversarial do processo civil inglês.[121]

No entanto, enquanto Jolowicz, professor aposentado da Universidade de Cambridge, sustenta com propriedade que um sistema não pode ser puramente inquisitorial ou adversarial, mas necessariamente conjuga característica de ambos,[122] Neil Andrews, seu colega na mesma Universidade e advogado, é categórico ao afirmar que "the judges are the masters now".[123] Destaca, ainda, que após a vigência das CPR, *case management* e discricionariedade judicial substituíram o antigo sistema de jurisdição civil controlada pelas partes.[124]

O novel ordenamento não só impõe aos litigantes deixar de lado uma postura antagônica, como exige o atendimento ao novo ideal de colaboração. A regra 1.3 das CPR determina que as partes auxiliem os tribunais na concretização dos objetivos almejados. Além disso, o primeiro dos poderes de gestão processual elencados na regra 1.4(2) é exatamente o de estimular a cooperação entre partes e entre estas e o tribunal.[125]

Vários são os exemplos nas CPR de exigência de postura colaborativa. Desde a expectativa de concordância e aceitação das ordens de gestão sem necessidade de audiência (e de interposição de recurso), passando por celebração de acordos de dilação de prazo e suspensão processual até a escolha de perito comum.[126] Os litigantes e seus procuradores devem deixar de lado a postura adversarial com a qual estão habituados e

itself. Through active case management and all the multi-faceted powers that that involves, the court will also be the party who is in control - a control that will be firmly exercised, particularly in relation to adherence to the various directions timetables".

[121] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 397.

[122] JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system? *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 328, 1994, p. 61-68, p. 61; JOLOWICZ, John Anthony. *Jolowicz on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 390: "In theory, therefore, the introduction of judicial management of the pre-trial procedures under the Woolf reforms is compatible with retention of the adversary system. If all that is involved is a shift from 'party prosecution' to 'judicial prosecution' of the progress of proceedings, depriving the parties of the opportunity to procrastinate, then a shift to case management is consistent with retention of the principles of dispositive election' and of 'party presentation', principles which, together, form the core of the (substantive) adversary system. In reality, however, even case management limited to management of the progress of the action through its procedural stages would be unlikely to leave the adversary system untouched".

[123] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 36.

[124] Idem, p. 334.

[125] Ver nota 9.

[126] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 42.

passar a desenvolver uma nova relação, que representa uma nova cultura, uma nova era de colaboração.[127]

A importância dessa discussão acerca da adversariedade reside na capacidade de o direito processual inglês ter se reinventado, imprimindo uma profunda reforma, cujo pilar era a mudança de cultura secular.[128] A transformação apresentou-se, contudo, essencial para a melhoria da prestação jurisdicional. Afinal, somente com a mudança de atitude na condução dos processos seria possível solucionar defeitos graves observados no sistema então vigente.[129] Para alcançar o sucesso nessa empreitada, Lord Woolf utilizou-se de três inovações: (i) normatização e expansão do *case management* exercido pelos juízes; (ii) introdução do *overriding objective* ou objetivo preponderante; e (iii) imposição de dever aos litigantes e seus advogados de cooperar com a corte na consecução do objetivo estabelecido.[130]

Um dos diferenciais do ordenamento inglês é, pois, deixar expressamente contido na lei quais os escopos que se pretende alcançar com o exercício da jurisdição.

2.2. *Overriding Objetive*: os escopos da jurisdição e do *case management.*

A parte 1 das CPR dispõe sobre o chamado *Overriding Objective*. "*Overriding*" tem mais de um significado na linha inglesa. Pode ser concebido como uma autoridade capaz de se sobrepor sobre a outra autoridade, o que encaixaria na idéia de o novo regime revogar o antigo. Mas é mais do que isso. Tem o sentido exato de preponderante, algo que é capaz de se sobressair sobre qualquer outro objetivo e que deve nortear a interpretação de

[127] TURNER, Robert. *'Actively': the word that changed the civil courts.* Ob. cit., p. 81.
[128] Consoante noticia Robert Turner, após a vigência das CPR, introduziu-se a disciplina *Civil Procedure* nas Universidades de Cambridge e Oxford, que é atualmente reconhecida como de grande importância perante autoridades judiciais e acadêmicas. Ob. cit., p. 82.
[129] ZUCKERMAN, Adrian A. S. Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure*: essays on 'Acees to Justice'. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 61-77, p. 68: "Lord Woolf is therefore correct in believing that the absence of enforceable standards of proportionality in litigation is a major contributory cause of the phenomenon of excessive use and abuse of procedure. He is also right in thinking that in order to affect a substantial change in the practice of litigation it is not enough to change the rules of procedure; rather, it is necessary to bring about a change in attitudes to the conduct of litigation. What is less clear is that court control on its own could produce the desired cultural change".
[130] DWYER, Déirdre. Introduction. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1-29, p. 6; CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 33-49, p. 44.

todas as normas processuais.[131] O *Overriding Objective* pode ser traduzido como escopo preponderante e, da forma pela qual é previsto, apresenta-se como a finalidade eleita pelo legislador para a prática da jurisdição civil na Inglaterra e no País de Gales.

É importante frisar de início que o escopo preponderante não é concebido para o *case management*, mas para toda jurisdição civil. A gestão judicial dos processos é um dos instrumentos – talvez o principal – para alcançar esse objetivo. Por serem distintos, serão a seguir tratados de forma separada.

A regra 1.1, logo na primeira frase, prevê que se trata de um novo código de processo civil que contém um objetivo preponderante de viabilizar a solução dos conflitos pela corte com justiça. Em seguida, provavelmente por estar ciente de que o conceito de justiça é dúbio, a lei elenca o que é necessário para concretizar tal ideal. O rol contém os seguintes atos: (i) assegurar que as partes estejam em igualdades de condições; (ii) evitar despesas; (iii) lidar com os casos de forma proporcional, com respeito ao valor envolvido, a importância, a complexidade das questões e a condição financeira de cada parte; (iv) assegurar que se processem as ações com celeridade e justiça e (v) alocar em cada caso os recursos adequados do tribunal, tendo em mente a necessidade de destinar recursos para a solução de outros litígios.[132]

Cabe a cada Estado definir os objetivos que pretende alcançar com a atividade jurisdicional. Não obstante o cada vez mais presente pensamento de que certos direitos, garantias e características devem estar presentes para se configurar um *processo justo*[133], os governantes dos países estão legitimados a dirigir suas atividades de modo a atender ideologias e a suprir suas necessidades internas.[134] Lord Woolf agiu dessa forma ao estabelecer objetivos diretamente voltados para a conveniência inglesa. Os principais problemas constatados eram os altos custos, o atraso (que gerava altos custos) e a complexidade processual (que gerava altos custos). Nada mais previsível do que o estabelecimento de escopos direcionados a combatê-los, para atender os anseios do governo e dos jurisdicionados, mesmo que fosse de encontro aos desejos da classe dos advogados.

---

[131] DWYER, Déirdre. What is the Meaning of CPR r 1.1(1)? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 65-73, p. 73.
[132] Ver nota 9.
[133] Ver GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*. São Paulo: Ed. Notadez, ano 51, n° 305, p. 61-99, 2003; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
[134] A relação direta entre escopos da jurisdição, gestão de processos e discricionariedade será objeto de outro estudo.

A doutrina inglesa traduziu o *Overriding Objetive* como a consagração de três imperativos processuais, quais sejam, resolver o conflito de forma justa, em um tempo razoável e com o uso proporcional de recursos.[135] Como principal instrumento de realização dos objetivos, não só transferiu-se a gestão dos processos ao juiz, mas também e principalmente outorgaram-se-lhe amplos poderes. Consoante assevera Neil Andrews, ao agir dessa forma, Lord Woolf pretendia que o novo sistema de *case management* fosse capaz de (i) acelerar a justiça, (ii) tornar o processo civil mais acessível para pessoas comuns e empresários; (iii) simplificar a linguagem usada no processo; (iv) promover acordos o quanto antes; e (v) e transformar o exercício da jurisdição mais eficiente e menos custoso, evitando gastos excessivos e desproporcionais.[136]

A regra 1.4 das CPR traz rol apenas exemplificativo dos atuais poderes do juiz inglês, deixando claro que foram concebidos para auxiliar na consecução do *Overriding Objective*. São eles: (i) estimular as partes a cooperarem entre si e na condução do processo; (ii) identificar as questões a serem dirimidas no início do procedimento; (iii) avaliar de imediato quais questões necessitam de dilação probatória e submissão ao *trial* e quais podem ser superadas sumariamente; (iv) decidir a ordem em que as questões serão solucionadas; (v) estimular o uso de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, se o tribunal considerá-lo adequado ao caso, e facilitar a utilização do método alternativo; (vi) auxiliar as partes na realização de acordos totais ou parciais; (vii) estabelecer calendários ou controlar o progresso do procedimento; (viii) considerar se os prováveis benefícios da prática de determinado ato justificam o custo necessário; (ix) lidar com o maior número possível de aspectos do caso na mesma oportunidade; (x) lidar com os casos sem que as partes tenham de comparecer ao tribunal; (xi) utilizar-se da tecnologia; e (xii) dar diretrizes capazes de fazer com que o *trial* se dê de forma rápida e eficiente.[137] No corpo das CPR são encontrados outros atos, cuja prática o legislador espera do juiz, que serão analisados separadamente mais adiante.

Após quase 12 anos de vigência das CPR[138], é fácil se destacarem três níveis sob os quais se desenvolve o *case management* inglês. Mormente perante o *Commercial Court*, os juízes se preocupam em, primeiramente, encorajar o uso de ADR, em especial a mediação. Em segundo lugar, buscam tomar medidas suficientes a evitar que o caso prossiga de

[135] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 3.
[136] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*, ob. cit., p. 36.
[137] Ver nota 9.
[138] Escrevi esse estudo nos meses de novembro e dezembro de 2010.

forma vagarosa ou ineficiente, como a fixação de *timetables*, por exemplo. Por último, devem se atentar para a relação entre prática de ato processual, custo-benefício e proporcionalidade, com vistas a garantir a alocação proporcional de recursos.[139] Todavia, se observa, inobstante a assunção da responsabilidade pelos juízes, a existência de abordagens distintas entre eles, sem um padrão definido e previsível. Ademais, segundo Tim Parkers, embora plenamente em prática, o *case management* não atingiu a extensão idealizada por Lord Woolf.[140]

2.3. Discricionariedade

Era de se imaginar que a gestão de processos pelas cortes redundaria em um choque cultural na Inglaterra e no País de Gales ou em qualquer outra jurisdição atrelada ao sistema da *Common Law*. Afinal, ativismo judicial, como bem elucidou Robert Turner[141], é uma grande novidade para anglo-americanos, mesmo que já tenha sido tentado nos Estados Unidos, mas sem muito sucesso.[142] Mas por que desperta tanto interesse entre estudiosos do processo oriundos de países da *Civil Law*? Italianos, alemães, holandeses, japoneses e brasileiros, somente para dar exemplos, já pesquisaram e escreveram sobre o tema.[143]

Já estamos acostumados com um juiz ativo, responsável por impulsionar o feito após as partes terem provocado a atividade jurisdicional, como prevê o art. 262 do CPC. O art. 125 do mesmo diploma, ademais, apresenta rol de atividades do juiz semelhantes, mas em menor extensão, às previstas nas CPR inglesas. A sensível diferença do ativismo judicial desenvolvido nesses dois sistemas está em uma palavra: *discricionariedade*. Os juízes ingleses e galeses não têm somente poderes de gestão, mas poderes adjetivados com

[139] ANDREWS, Neil H. *English Civil Justice and Remedies*: progress and challenges. Tokyo: Shinzansha Publishing, 2007, p. 43; CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure*: essays on 'Acees to Justice'. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 31-59, p. 40: "Efficient court management is an integral part of attacking court delay involving measures such as classifying case for handling in ways depending on their particular type, and using information to monitor the progress of cases through the pre-trial process".

[140] PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 435-451, p. 440.

[141] Ob. cit.

[142] Ver Rule 16 das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas. Disponível em http://www.law .cornell.edu/rules/frcp/Rule16.htm. Acesso em 18/11/2010; Ver FLANDERS, Steven. Case Management: Failure in America? Success in England and Wales? *Civil Justice Quarterly*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 308-319.

[143] Escrevi o presente trabalho da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, na qual dois pesquisadores italianos encontravam-se ara o estudo do mesmo instituto.

flexibilidade, capazes de adequar o desenrolar do procedimento às particularidades do caso concreto, sem que se exija disposição expressa na lei nesse sentido.

Não que o juiz brasileiro e seu colega europeu continental não possuam poderes discricionários. No entanto, não os possuem na mesma dimensão abrangida na atividade do juiz inglês. Em que pese não apresentar um dispositivo genérico, que confira uma espécie de *poder geral de flexibilização ou de adaptação*, como prevêem o CPC luso[144] e a primeira versão do projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro[145], as CPR contêm normas que demonstram que o magistrado não está limitado pelo que dispõe a lei. Exemplo disso é a menção nas regras 1.4(2) e 3.1(m) de que a lista de poderes lá elencadas é apenas exemplificativa. A própria *Court of Appeal*, no caso Godwin v. Swindom reconheceu que pelo novo código o tribunal "*has a wide discretion to manage cases to achieve substantial justice in accordance with the overriding objective*".[146]

Apesar de preverem três espécies de procedimento (*track*), as CPR permitem que o juiz altere a ordem dos atos, realoque a ação em outro rito no decorrer do processo, estabeleça um calendário para as atividades das partes e do tribunal, suspenda o processo para tentativa de acordo etc. Sempre no intuito de realizar adequações para melhor atender as peculiaridades do conflito e com atenção ao *Overriding Objective*.

Discricionariedade é, porém, atributo polêmico. A concessão de liberdades ao juiz sofreu consecutivas mutações no decorrer da história. O processo, no Estado Liberal Clássico, via o juiz como *la bouche de la loi*, sem espaço para invenções. Na Inglaterra, às vésperas e no princípio de vigência das CPR discutiu-se acerca da conveniência de conceder poderes tão amplamente discricionários às cortes. Em 2001, Neil Andrews sustentou que há demasiado perigo de os juízes exercerem tais poderes de maneira inconstante, inconsistente e imprevisível. Para o autor, a discricionariedade não era adequadamente regulada pelas cortes superiores, o que considerava incompreensível, porquanto o princípio do *case management* pelo juiz surgiu exatamente por decisões da *Commercial Court*.[147]

---

[144] Art. 265-A.
[145] Art. 107, inc. V.
[146] Court of appeal. (2001). Godwin v. Swindon. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/search/run?ao=&srguid=&context=3&crumb-action=append&crumb-label=Search+Results&frt=godwin+v+swindon&buttonSearch=Search&ds1=uk-cases-all&ds2=uk-lif&ds3=uk-journals-all&ds4=ukca&ds5=uk-eu-all&searchtype=doctitle. Acesso em 19/11/2010.
[147] ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*: three aspects of the long revolution. Saggi, Conferenze e Seminari, n. 44. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2001, p. 9-10: ""Individual case management confers a large element of discretion on the lower courts. There is a danger that procedural

Zuckerman também argumenta a respeito da previsibilidade. Afirma que, para possibilitar às partes se prepararem para o processo e saberem o que esperar da corte, a gestão tem que ser de alguma forma previsível. Admite, porém, que poderes discricionários não podem ser reduzidos a uma lista de regras para aplicação mecânica, mas são necessários princípios coerentes, políticas gerais e diretrizes.[148] Michael Zander, um dos notórios e mais ferrenhos críticos da *Woolf's Reform*, aponta como grave defeito a passividade da *Court of Appeal* em monitorar e controlar o exercício desses poderes pelos juízes inferiores, o que, em sua opinião, torna a tomada de decisões inconsistente e incontrolável.[149]

Grande parte da doutrina, porém, considera a discricionariedade necessária para alcançar os objetivos almejados. Ingo Saenger, comentando a gestão de processos na Alemanha, afirma que um alto grau de discricionariedade e de flexibilidade é imprescindível para se obter justiça individualizada.[150] Neil Andrews, alguns anos depois, mudou sua opinião original. Com a implementação da reforma, o professor de Cambridge conferiu na prática que discricionariedade em questões processuais não é um pesadelo. Pelo contrário. Se o sistema é bem administrado, torna-se aliada para o exercício mais objetivo, rápido e eficiente da jurisdição.[151] Ressalta ainda que o controle judicial sobre o processo, mesmo com intensa flexibilidade, pode ser tolerado e até incentivado se os poderes forem exercidos de maneira adequada e por meio de decisões motivadas.[152]

---

judges will exercise their powers in a capricious, inconsistent and unpredictable fashion. Variations of style and even the element of whim can reduce the predictability of litigation. Furthermore, this discretion is largely unregulated by the appellate courts. A principle of virtual case management autonomy has emerged in the case law. (...) This reluctance to entertain appeals on question of case management is understandable and sound. But it does create a large pocket of first instance discretion".

[148] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob cit., p. 396; ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 89-107, p. 95: "In theory, there need not be a conflict between a well-managed litigation system and judicial discretion for dealing with non-compliance. After all, case managers must possess flexibility to respond to development in this litigation process and to be able to adapt case management plans to circumstances as they emerge. Discretion and flexibility can therefore be harnessed to improve the performance of litigation management. But it is also the case that discretion and flexibility can undermine effective case management. This will happen, for example, where parties are routinely allowed further opportunities to comply notwithstanding that they have missed deadlines. Such a policy is bound to undermine the binding force of deadlines, and is liable to lead to a culture of sloppy compliance".

[149] ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 417-433, p. 429.

[150] SAENGER, Ingo. Case Management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Gieseking-Verlag, 2009, p. 15-37, p. 37.

[151] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 335.

[152] Idem, p. 334; também p. 357: "Judges sometimes extol discretion. They claim that it enables the court to impose a just result without being handicapped by technical refinement. Their experience and good sense are expected to help them divine the right solution to the present case, or at any rate an acceptable one.

Acrescenta que a discricionariedade judicial é tão vital para o sistema das CPR que pregar sua abolição é o mesmo que "*cry for the moon*". Conclui, porém, que o nível de qualidade dos juízes que possuem tais poderes deve ser o mais elevado possível e que os ingleses contam com magistrados com o alto nível necessário para a adequada gestão dos processos.[153][154]

A outorga de poderes discricionários revela-se poderoso instrumento de superação da letra fria da norma, que foi concebida de modo a conferir regras abstratas de conduta e de previsão de direitos. O legislador não tem como antever todos os obstáculos e percalços que podem surgir no decorrer da solução do litígio. Possibilitar, destarte, que o juiz adéque a previsão legal às características do caso concreto, por meio, por exemplo, da fixação de calendários elaborados com base na complexidade do litígio ou do incentivo à utilização da mediação se esta apresentar-se como método mais apropriado, constitui uma medida capaz de impulsionar o exercício da jurisdição para respostas mais rápidas e de maior qualidade.

É inegável, porém, que com uma mão a lei pode viabilizar a flexibilidade, mas com a outra deve impor seus limites, para que a gestão de processos de forma discricionária não viole garantias irrenunciáveis, nem conduza o processo civil para um autoritarismo judicial. O segredo está em encontrar o equilíbrio.

3- A abrangência do *case management* nas *Civil Procedure Rules* (CPR).

Court control of litigation, *case management* ou gestão dos processos pelo tribunal corresponde à idéia de que os juízes são responsáveis pela condução do procedimento, estabelecendo seu formato e duração e impulsionando-o em direção à solução da controvérsia. O princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição é respeitado, mas, uma vez provocado, o juiz passa a ter o poder-dever de levar adiante o processo. Nesse quadro está incluída a possibilidade de serem proferidas decisões de ofício pela corte, sem necessária

Flexibility and the 'judicial hunch' are preferred to intellectual precision and consistent decision-making. (…). A judge might enjoy much latitude in exercising a discretion, but be obliged to give reasons for his actual decision"

[153] Idem, p. 359-360.

[154] GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 145: "The English judiciary have, at least in modern times if not always, enjoyed a global reputation for intellectual quality and high standards of probity. This is not true of other jurisdictions and it is something that I believe we take for granted. The English courts, judges an English law, in particular commercial law, are an important invisible export. English law is the contractual law of choice for many overseas commercial enterprises and many foreign companies choose to bring their disputes to the Commercial Court in London. If one looks at the annual Global Corruption reports one sees that public perceptions of the judiciary in the UK compare well with most other jurisdiction (although not as well as Denmark, Sweden or Finland)" p. 145

provocação de qualquer das partes ou audiência prévia[155], consoante prevêem as regras 3.3(3) e 3.3(4) das CPR.

Em importante decisão, a *Court of Appeal* sustentou que a gestão proativa dos processos não pode se limitar ao caso específico que está sendo gerido pelo tribunal naquele momento. É fundamental que os juízes lidem com os casos individualmente, mas levando em consideração a existência dos outros que também estão pendentes de julgamento.[156] O precedente tem o condão de alertar os magistrados de que é necessário "levantar a cabeça" e decidir com uma visão geral do sistema. As decisões judiciais, ainda que sirvam para resolver conflitos individualmente, têm repercussão externa como precedentes. Ademais, a decisão da *Court of Appeal* reflete também a preocupação inglesa de utilizar recursos de forma proporcional à complexidade do caso.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma faceta importante do sistema das CPR. Conforme assevera Zuckerman, não tem sentido conceder a mesma atenção dos juízes para todos os casos, visto que essa prática levaria à utilização de poucos recursos do tribunal para casos de maior importância e complexidade, enquanto haveria desperdício de esforços com litígios que poderiam ser satisfatoriamente solucionados com julgamentos sumários.[157] Em outro estudo, o autor lembra que, como os recursos do Estado são finitos, só se pode exigir um serviço público de dirimição de conflitos do tamanho do bolso do contribuinte. Por tal razão, seria desarrazoado utilizar recursos desproporcionais para um só caso, já que a jurisdição, como qualquer outro bem público, tem uma dimensão atrelada ao orçamento.[158]

A Parte 3 das CPR contém a principal fonte de poderes do juiz inglês para gerir o processo. Na regra 3.1(2), estão elencados os seguintes: (i) estender ou diminuir prazos contidos em quaisquer das normas, diretrizes ou em decisões judiciais prévias, ainda que o

---

[155] GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. Ob. cit., p. 9.

[156] Court of appeal. (2003). Jones v Univeristy of Warwick. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/search/run?ao=&srguid=&context=1&crumb-action=append&crumb-label=Search+Results&frt=Jones+v+University+of+Warwick&ds1=uk-cases-all&ds2=uk-lif&ds3=uk-journals-all&ds4=ukca&ds5=uk-eu-all&searchtype=doctitle. Acesso em 19/11/2010: "The discretion on the court is not, however, confined to cases where the defendants have failed to make proper disclosure. A judge's responsibility today in the course of properly managing litigation requires him, when exercising his discretion in accordance with the overriding objective contained in CPR Part 1, to consider the effect of his decision upon litigation generally. An example of the wider approach is that the judges are required to ensure that a case only uses its appropriate share of the resources of the court (CPR Part 1.1(2)(e)). Proactive management of civil proceedings, which is at the heart of the CPR, is not only concerned with an individual piece of litigation which is before the Court, it is also concerned with litigation as a whole".

[157] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 34.

[158] ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation Management under the CPR*: a poorly-used management infrastructure. Ob. cit., p. 92.

requerimento de extensão tenha sido feito após o prazo; (ii) retardar ou antecipar uma audiência; (iii) ordenar o comparecimento ao tribunal da parte ou de seu advogado; (iv) determinar a produção de prova por telefone ou pelo uso de qualquer outro método de comunicação oral direta, durante uma audiência; (v) estabelecer que parte das questões ou ações envolvidas no processo, como pedidos contrapostos, sejam apreciadas em procedimentos separados; (vi) suspender total ou parcialmente o processo; (vii) reunir as questões em um único processo; (viii) julgar duas ou mais ações na mesma ocasião; (ix) estabelecer a realização de julgamento separado para qualquer das questões envolvidas no caso; (x) decidir a ordem em que serão apreciadas as questões; (xi) determinar a exclusão de uma questão da apreciação da corte; (xii) julgar determinada ação logo após a apreciação de questão preliminar; (xiii) determinar que qualquer das partes apresentem uma estimativa dos custos que esperam ter com o desenrolar do processo; (xiv) tomar outras decisões necessárias ao objetivo de gerir o caso com vistas ao *overriding objective*.

Mas não param por aí. As CPR apresentam outras disposições específicas em seus capítulos próprios, conferindo poderes de gestão às cortes. Nas demais regras da Parte 3, também está normatizado o instituto do *striking out*. Na Parte 26, se encontram as disposições acerca da alocação dos casos ao procedimento adequando, o que inclui a resposta a questionários pelas partes. Nas Partes 27, 28 e 29, estão previstos os procedimentos (*tracks*), enquanto na Parte 32, regra 32.1, são concedidos poderes de indicação de diretrizes para produção de provas e de limitação do material probatório a ser apresentado no *trial* e da *cross-examination*. As CPR, ademais, ainda outorgam poder ao magistrado de, na fixação de responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais, aplicar de forma diversa da regra geral de sucumbência de acordo com a conduta das partes no decorrer do processo (Regra 44.5(3)).

A abrangência dos poderes do juiz é também observada pela escassa intromissão dos tribunais de apelação acerca das ordens dirigidas à gestão dos processos. A *Court of Appeal* dificilmente reforma decisões com esse intuito, a fim de não prejudicar o trabalho de quem está mais próximo do caso e das partes, bem como para não limitar a discricionariedade outorgada pelo legislador. Neil Andrews e Adrian Zuckerman concordam que somente é legítima a revisão se a decisão se demonstrar incorreta, no que concerne aos princípios gerais adotados pelas CPR.[159]

[159] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process.* Ob. cit, p. 50: "Appellate courts are prepared to show considerable deferense to judges' case management decisions, unless they are incorrect in principle";

Algumas das atividades envolvidas com a gestão dos casos pelas cortes dependem de análise mais aprofundada, que é desenvolvida nos tópicos seguintes.

3.1. Escolha do procedimento.

O legislador inglês, ciente de que as distintas naturezas e características dos conflitos fazem surgir a necessidade de ferramentas também diversas para solucioná-los, disponibilizou três *tracks*, ou procedimentos. São eles o *small claims track*, *fast track* e o *multi-track* e a forma de alocar cada caso em um dos *tracks* é, em regra, com base na questão financeira. As demandas, cujo montante envolvido não ultrapasse a quantia de £5,000 (cinco mil libras esterlinas), devem ser dirigidas ao *small claims track*. Entre £5,000 (cinco mil libras esterlinas) e £15,000 (quinze mil libras esterlinas) utiliza-se o *fast track*, enquanto reserva-se o *multi-track* para casos que envolvam valores superiores a £15,000 (quinze mil libras esterlinas).

O diferencial das CPR é mais uma vez a possibilidade de o juiz influenciar na alocação do conflito que lhe é apresentado ao rito que entende mais adequando, ainda que não seja aquele que a lei previamente estabeleceu. A regra 26.3 prevê a necessidade de preenchimento pelas partes de um questionário, que servirá de subsídio ao tribunal para decidir em qual *track* deve seguir o caso. A utilização do questionário poderá ser dispensada na hipótese de a lei expressamente prever sua dispensa ou se a corte considerá-lo desnecessário.

Ao responder ao questionário, as partes deverão informar (i) se se utilizaram do devido *pre-action protocol*; (ii) quais os esforços já realizados na tentativa de celebração de um acordo; (iii) qual *track* consideram adequado ao caso; (iv) rol de testemunhas e necessidade de perícia; (v) se consideram presente a hipótese de cabimento de julgamento sumário; (vi) a previsão de duração do *trial* e das despesas que serão despendidas.[160] Essas informações visam fornecer os detalhes do conflito e o nível de complexidade envolvido.

O tribunal leva em consideração a sugestão das partes na decisão, mas não está vinculado a ela. Para a alocação no procedimento mais apropriado, o juiz observará, além do aspecto econômico, a relevância do caso, se se trata de um *leading case*, a quantidade

ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 419: "A court exercising case management powers such as these has a considerable measure of discretion. An appeal must not interfere with a case management decision, unless it involved an error of principle of law, or the court misapprehended some material factual matter".

[160] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 484.

de documentos envolvidos e se o *trial* possivelmente levará mais de um dia para ser concluído.[161] O juiz poderá, ainda, realocar o caso se no decorrer do processo a escolha inicial demonstrar-se equivocada, consoante prevê a regra 26.10. A gestão começa já no início, com a escolha do rito. A corte complementa, pois, o trabalho do legislador, utilizando-se de *tracks* abstratamente concebidos, mas elegendo-os segundo as peculiaridades do caso concreto.

3.2. *Timetabling* e penas pelo não cumprimento das ordens judiciais.

Nas duas espécies mais importantes de procedimento previstas nas CPR – *fast* e *multi-track* -, compete ao magistrado direcionar a evolução do processo por meio do estabelecimento de um calendário (*timetable*). Esse ato consiste na fixação de datas para o *trial* e outros atos que serão praticados na fase *pre-trial*. As diretrizes concedidas pela corte também incluirão questões concernentes à fase de *disclosure* e ao prazo e à forma de depoimentos de testemunhas e peritos.[162]

Na hipótese de utilização do *multi-track*, pode-se optar pela realização de uma audiência de gestão de processos (*case management conference*) e/ou de audiência para revisão dos atos praticados na fase anterior ao *trial* (*pre-trial review*). A primeira é destinada a possibilitar um diálogo entre partes e juiz para o estabelecimento de diretrizes e de calendário. O *pre-trial review* serve para avaliar os atos então praticados nessa fase do procedimento e realizar os ajustes que se apresentem necessários. Estão previstos nas regras 29.2 e 29.3 das CPR.

Zuckerman relata que a liberdade das partes para modificarem por acordo o calendário estabelecido pelo juiz é muito pequena, não sendo possível alterar, sem permissão judicial, a data ou a extensão do *trial*, por exemplo.[163] Tim Parkes, noticiando a visão dos advogados militantes, em sua maioria *solicitors*,[164] demonstra o entendimento da classe de que os juízes nem sempre têm a sensibilidade para avaliarem a complexidade da causa e o conseqüente montante de trabalho que será necessário para a preparação para o *trial*. Exemplifica com a sensação de um perito após fixação de um calendário: "não é por que uma mulher pode ter um bebê em nove meses que se podem contratar nove mulheres

[161] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 40.
[162] Regras 28.2 e 28.3.
[163] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 492.
[164] Ver nota 11.

para parir um bebê em um mês". No entanto, reconhece que muitos advogados também deixam de cumprir os prazos injustificadamente.[165]

As CPR conferem ao juiz três tipos de sanções pelo descumprimento de decisões.[166] A primeira delas é a chamada *cost order*. A parte que causar atraso injustificado ao procedimento poderá ter que compensar esse modo de agir no momento de pagamento das despesas processuais, isto é, a conduta de uma parte que resulte no descumprimento daquilo que foi determinado pela corte será considerada na hora de divisão de responsabilidades pelo pagamento das custas.[167] É sanção grave, já que as despesas na Inglaterra e País de Gales incluem honorários contratuais que, normalmente correspondem a relevantes quantias em dinheiro.

As outras duas sanções são a suspensão do processo – que nem sempre é utilizada como sanção – e a possibilidade de *striking out*. Ambas serão analisadas mais adiante. As partes podem buscar a revogação da sanção, desde que justifiquem com base nas regras 3.8 e 3.9.

Zuckerman considera essencial a existência de tais sanções, que são importante ferramenta para a gestão dos processos. Possibilitam ao tribunal responder com flexibilidade à inércia da parte, aplicando a solução mais apropriada às circunstâncias. Ressalta, porém, que há sempre o risco da aplicação de sanções por não cumprimento de provimento judicial tornar-se uma questão extra a ser solucionada.[168]

A conjugação de fixação de calendários e previsão da possibilidade de sanções pelo descumprimento da seqüência estabelecida é o cerne do *case management*, embora o instituto não se restrinja a isso. A integral aceitação das mudanças na comunidade jurídica e a compreensão dos juízes quanto ao seu novo papel de gestão ainda estão em

[165] PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective. Ob. cit., p. 441: "In our experience, judges tend to get involved in timetabling only if the parties fail to agree the timetable by consent. One practitioner, a partner in Intellectual Property, said, 'Sanctions should be applied at an earlier stage to avoid prejudicing the timetable to trial. Some firms do not even try to comply with deadlines or request extensions, but simply let deadlines slide by without fear of sanction'. There is also the view that judges rarely have an appreciation of the size of the tasks in major litigation and simply assume larger firms can and will get them done. An example given by another of our Intellectual Property partners in 2000 still rings true today: 'I remember one case where, after a particularly fierce timetable had been ordered, my expert commented to me that just because one woman can have a baby in nine months doesn't mean you can hire nine women to have a baby in one month. And that is the sort of timetable issue you can get".

[166] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 365: "The three main sanctions under the CPR are: costs orders; an order to stay proceedings; striking out, whether in part or whole, a claim or defence. Once such a sanction has been prescribed by the rules or ordered by the courts, it will apply automatically, unless a party succeeds in an application to the court to challenge it. This automatic regime also applies to orders issued by the court in exercise of its managerial powers".

[167] Idem, p. 368.

[168] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 445.

desenvolvimento. Mas é lícito dizer que a inclusão de calendários no início do procedimento é bem vista e trouxe melhoria na prestação jurisdicional na Inglaterra e no País de Gales.

3.3. *Default Judgment, Striking Out* e *Summary Judgment*.

No antigo regime, o processo civil inglês foi concebido para desenvolver-se em direção ao *trial*. O procedimento era composto por duas fases, sendo a primeira destinada a preparação do *trial*, considerado o ápice do exercício da jurisdição, o qual todos os processos deveriam alcançar. As CPR, embora também prevejam as mesmas duas fases, visam, confessadamente, evitar o *trial*. O escopo é, primeiramente, evitar a necessidade de exercício de jurisdição e, se isso não for possível, esquivar-se do *trial*, solucionando o conflito antecipadamente.

Para tanto, Lord Woolf concebeu uma fase pré-processual, na qual as partes devem se engajar nos protocolos (*pre-action protocols*) e, por conseguinte, se empenhar na preparação do caso. Esse momento prévio à participação da corte envolve a troca de documentos e dados entre os futuros litigantes. O objetivo é que, com a revelação de informações, as partes sintam-se instigadas a celebrar acordos. Caso isso não ocorra, a fase serviu ao menos para melhor aparelhar o caso que será encaminhado ao tribunal.[169] O processo começa antes do processo.

Iniciado o procedimento perante a corte, são disponibilizados mecanismos de dirimição do litígio por meios autocompositivos ou julgamentos prévios, sem necessidade de realização do *trial*. Nos itens seguintes, analiso as espécies de julgamentos sumários oferecidos pelas CPR, que também são ferramentas de gestão do processo, porquanto possibilitam ao magistrado encerrar o procedimento antes de percorridas todas as fases, quando as circunstâncias do caso indicarem sua viabilidade.

3.3.1. *Default Judgment*.

O processo é instaurado perante a corte com a apresentação da petição inicial (*claim form* contendo *statements of case*). Em seguida, o réu é citado e dispõe de três alternativas de resposta. Pode apresentar sua defesa, reconhecer a procedência do pedido

[169] Ver Practice Direction – Pre-action Conduct, Section I, regra 1.1. Disponibilidade, ver nota 9.

ou protocolizar um reconhecimento de citação (*acknowledgment of service*).[170] Nesse último caso, o réu deve indicar se necessita de mais prazo para defesa ou se pretende impugnar a competência.[171]

Se, no entanto, for constatada a revelia do réu, configurada pela ausência de qualquer das atividades acima descritas, surge a hipótese de cabimento do chamado *default judgment*, que nada mais é do que a solução sumária do conflito em decorrência da contumácia do réu. O juiz julgará o mérito, com base nas alegações veiculadas pelo autor e no material probatório por ele apresentado. O autor pode ainda produzir outras provas, o que se torna obrigatório em certos casos, como na hipótese de a pretensão ter sido aduzida em face de menor.[172] Essa forma de solução antecipada é cada vez mais estudada na Inglaterra e no País de Gales em razão de que muito mais casos terminam por meio desse instituto do que no *trial*, como confirmam estatísticas oficiais.[173]

Em que pese o fato de adentrar na análise de mérito, o *default judgment* é mais frágil do que aquele obtido em procedimento no qual o réu não deixa de apresentar sua defesa. Em razão dessa fragilidade, alguns autores mostram-se reticentes em considerá-lo julgamento de mérito.[174] A principal conseqüência é encontrada nos efeitos da coisa julgada. A Parte 13 das CPR prevê a possibilidade de se afastar o julgamento decorrente da revelia, na hipótese de: (i) o réu demonstrar que sua tese de exceção tem reais condições de se tornar vitoriosa; (ii) o tribunal entender que existe um boa razão para a revogação da decisão ou que ao réu deve ser concedida uma segunda chance de apresentar sua defesa. A

[170] Regra 9.2.
[171] Parte 10.
[172] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 274: "The court hearing an application for a default judgment shall give 'such judgment as it appears to the court that the claimant is entitled to on his statement of case' (CPR 12.11(1). This means that the court will consider the merits of the claim on the basis of the claimant's statements of case and any other materials that the claimant has filed in support oh the application. It should be remembered that statements of case may be relied upon as evidence only if they have been verified by a statement of truth. The claimant may support his application by further evidence, which need not be served on the party who failed to serve an acknowledgment of service. In certain claims evidential support is compulsory, such as applications against a child or a patient and in claims between spouses (CPR 12.11(3))"
[173] Ver nota 17.
[174] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 497: "A judgment by default is rightly regarded as not as strong as a judgment obtained after full contest between the parties. Indeed judgments by default are procedurally fragile because they are not given after adjudication of the claim's merits, nor they always rest upon unequivocal acquiescence by a defendant in the default process. For these reasons the court has an extensive power to set aside a judgment of default, as was acknowledged by Lord Atkin in a classic statement of principle: 'The principle obviously is that until the court has pronounced a judgment upon the merits or by consent, it is to have the power to revoke the expression of its coercive power where that has been obtained by a failure to follow any of the rules of procedure'".

corte também leva em consideração o fato de o demandado ter ou não apresentado prontamente o pedido de afastamento do *default judgment*.

O efeito de imutabilidade da decisão é, pois, limitado pela possibilidade de afastamento do julgamento, pelo mesmo órgão judicial que o prolatou.[175]

3.3.2. *Striking Out*.

O legislador outorgou poder ao juiz para, em algumas situações, rejeitar a pretensão ou a defesa sem que tenham se desenvolvido todas as fases do procedimento. Trata-se do instituto do *striking out*, previsto da regra 3.4 das CPR. As hipóteses de cabimento para sua aplicação são: (i) a pretensão ou a defesa não se baseia em fundamentos razoáveis; (ii) a pretensão ou a defesa representam um abuso de processo perante a corte; (iii) a pretensão ou a defesa provavelmente obstruirão o desenrolar legítimo do procedimento; (iv) alguma das partes deixou de atender a determinação expressa em lei, *practice direction* ou ordem judicial, servindo o *striking out* como uma sanção.

Essa medida representa um julgamento antecipado, que considera apenas as assertivas das partes em seus *statements of case*. Ao apreciar as alegações, o juiz pode concluir que a pretensão ou a defesa são manifestamente infundadas, não justificando a continuação do processo. A tese de uma das partes não apresenta qualquer chance de sucesso, mesmo que outras provas sejam produzidas. Não há, destarte, interesse do Estado em postergar a solução do caso.[176] O *striking out* serve ainda como sanção, aplicável na hipótese de grave descumprimento de disposição legal ou provimento judicial.

Zuckermam ressalta que não é lícito valer-se dessa espécie de julgamento quando a dilação probatória possa fornecer elementos capazes de revelar a viabilidade da pretensão ou da defesa. Também considera inadequada sua utilização quando as declarações da parte

[175] Idem, p. 504: "The scope of *res judicata* is quite limited because a judgment by default does not involve judicial evaluation of the legal or factual merits, nor does it even represent an unequivocal judgment by consent. For these reasons, the courts have confined *res judicata* in this context to matters which 'necessarily and with complete precision' have been determined".

[176] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit.,p. 279: "The normal pre-trial and trial process are necessary and useful for resolving serious or difficult controversies. But where a party advances a groundless claim or defence it would be wasteful to put the case through such process since the outcome is a forgone conclusion. A more appropriate response in such cases would be to strike out the groundless claim or defence at the outset, and spare the unnecessary expense and delay that the employment of the normal process would involve"

invocam uma tese de direito que se encontra em desenvolvimento e que não foi ainda suficientemente debatida perante o Poder Judiciário.[177]

A parte desfavorecida pode requerer a revogação do julgamento obtido após o afastamento de sua pretensão (ou defesa, no caso do réu), perante o mesmo órgão judicial que o exarou (*setting aside*). A regra 3.6 trata das hipóteses de revogação da decisão e também remete às situações arroladas na regra 3.9, que normatiza a possibilidade de retirada de sanções. O tribunal, ao analisar o requerimento, pode decidir por afastar o julgamento antecipado, mas condicionar a eficácia de sua decisão ao pagamento de quantias em dinheiro, que garantam o resultado efetivo no futuro. Assim, o litigante interessado somente se beneficiará da retomada do curso do procedimento se prestar essa espécie de caução. Esse mecanismo também pode ser utilizado pela corte para relevar outras sanções.[178]

3.3.3. *Summary Judgment*.

A terceira forma de julgamento sem a realização do *trial* é o chamado *summary judgment*, previsto na Parte 24 das CPR. As hipóteses de cabimento são similares às relatadas quando da análise do *striking out*. O juiz poderá decidir de forma sumária quando: (i) o autor ou o réu não tem real perspectiva de sucesso com a pretensão ou defesa apresentada; (ii) não há motivo que indique a necessidade de realização do *trial*.[179] Em decorrência dos requisitos estabelecidos pelo legislador, O'Hare e Browne denominam o exame realizado pelo juiz de "*no real pospects test*".[180]

A finalidade da aplicação do instituto como uma ferramenta de gestão é, segundo Grainger e Fealy, evitar que um caso sem fundamentos sólidos prossiga. Teses baseadas

[177] Idem, p. 280.
[178] O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 14th Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009, p. 544: "When the court makes an order it may impose conditions, including that of a payment into court and also specify the consequences of failure to comply with the order or condition, for example, that the party's statement of case is struck out. The purpose of such orders is not so much to punish bad behaviour but to encourage good behaviour in the future. A party who has failed or refused to allow inspections of a document may be ordered to produce it by a certain deadline or the proceedings will be terminated in favour of his opponent. If past non-compliance has led to the entry of a default judgment, the court may require a payment into court as a condition for setting that judgement aside: this prevents the guilty party from using further proceedings merely as a delaying tactic. Conditional orders must be expressed clearly and precisely and the conditions must be one which is capable of being complied with. An impecunious party should not be ordered to pay into court a sum of money which he is unlikely to be able to raise".
[179] Regra 24.2.
[180] Ob. cit., p. 293.

apenas em argumentos não merecem chegar ao *trial*.[181] Para que a pretensão ou a defesa tenha real perspectiva de sucesso deve estar sustentada por fatos cuja existência já foi demonstrada ou que serão revelados no decorrer do procedimento. Se o juiz está convencido de que a tese não está bem lastreada e de que não será possível, tampouco, alcançar esse estágio com a continuação do processo, deve aplicar a Parte 24 das CPR e solucionar o conflito por meio do *summary judgment*.[182] Destarte, esse conceito de que não se pode permitir o prosseguimento em direção ao *trial* de um caso cuja pretensão ou defesa apresente-se manifestamente improcedente permeia toda a atividade de gestão dos processos.[183]

Nesse sentido decidiu a *Court of Appeal* no caso *ICI Chemicals & Polymers Ltd v TTE Training Ltd.* Para os julgadores, deve ser concedido o *summary judgment* à parte requerente quando o juiz perceba que não há chance de que seja apresentado suporte probatório no *trial* capaz de dar fulcro a tese desafiada.[184]

Essa espécie de julgamento sumário configura uma decisão de mérito. Por conseguinte, só pode ser atacada por meio de recurso e está sujeita aos efeitos da coisa julgada quando definitivamente preclusa.[185] Só será possível a revogação (*setting aside*) do julgamento pelo próprio juiz ou tribunal do qual emanou se foi aplicado como forma de sanção pelo não comparecimento na audiência destinada para analisar o pedido de *summary judgment*.[186] Contudo, como bem elucida Zuckerman, esse julgamento teria natureza diversa, se assemelhando ao *striking out*.[187]

---

[181] Ob. cit., p. 38 e 39.
[182] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit. 286.
[183] TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. Ob. cit., p. 83; ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 509: "In *Swain v Hillman*, Lord Woolf said that the words 'no real prospect' of success in the new test 'speak for themselves'. This phrase denotes that the claim or defence must have a 'realistic' rather than 'fanciful' chance of success. His Lordship added that the function of CPR Part 24 would be distorted if summary judgment hearings were allowed to become 'mini-trials'. Instead, issues which require full investigation by disclosure under CPR 31 and receipt of factual testimony, tested by cross-examination, must be postponed until trial".
[184] Court of Appeal (2007). ICI Chemicals & Polymers Ltd v TTE Training Ltd. (2007). Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05e0000012bf34bd2f365b81f34&docguid=I5EC496501A2B11DCBAFA838942972EAF&hitguid=I5EC496501A2B11DCBAFA838942972EAF&spos=1&epos=1&td=1&crumb-action=append&context=2. Acesso em 28/10/2010.
[185] O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. Ob cit., p. 301; ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit. 290-291: "A summary judgment dismissing the claim creates *res judicata*, but not a summary judgment striking out the claimant's statement of case. A summary judgment is a final judgment on the merits for all intents and purposes. It can be attacked only by way of appeal, not by application to set aside"
[186] LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish publishing, 2004, p. 359-360.
[187] Ver nota 82.

No *summary judgment*, a corte se apóia nas provas escritas apresentadas, que se consubstanciam em documentos e depoimentos escritos de testemunhas e peritos. Uma vez requerido o julgamento sumário, designa-se uma audiência para a análise do pedido. Essa audiência também pode ocorrer por iniciativa da corte, consoante dispõe a regra 24.5(3). Nesse ato processual, objetiva-se julgar antecipadamente procedente o pedido do autor ou rejeitá-lo de imediato, dependendo de quem fez o requerimento. Ao juiz apresentam-se três opções: (i) acolher a solicitação da parte que requereu o julgamento antecipado, julgando o mérito; (ii) rejeitar a solicitação, prosseguindo o processo na direção do *trial*; (iii) conceder uma *conditional order*, afirmando que a pretensão ou a defesa contestada pode ter sucesso, mas considera-o improvável, demandando a prestação de caução em dinheiro.[188]

O *summary judgement* é, pois, uma espécie de julgamento antecipado e foi concebido para evitar que casos perdurem por anos a espera do *trial*, sem que a produção de provas e alegações orais se demonstrem indispensáveis à conclusão de que falta sustentabilidade à pretensão ou à defesa. Neil Andrews, na vigência do sistema pré-CPR, já fazia a ressalva de que essa espécie de limitação do procedimento deve ser aplicada com prudência, já que algumas questões só são efetivamente esclarecidas depois de vários dias de *trial*, com exame de documentos e produção de outras provas.[189] Entende que a sua utilização com parcimônia respeita, inclusive, a norma 6(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos, que normatiza o direito ao *fair trial*. Admite, no entanto, que, em determinados casos, é possível que uma defesa possa ser considerada manifestamente infundada antes mesmo de ser apresentada. Isso seria possível quando a natureza do litígio – uma cobrança baseada em crédito estampado em cheque, por exemplo – não disponibilizasse ao réu nenhuma possibilidade de defesa.[190]

Por último, o professor de Cambridge considera cabível o julgamento por essa modalidade quando a prova já produzida apresente-se satisfatória à solução da

[188] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 85-88.
[189] ANDREWS, Neil. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 217-218: "Sometimes the decisive point of law can be isolated only after days of hearing a vast quantity of documents 'or other evidence'. Here, the risk of duplicating Order 14 and trial is too great. The prudent course is to for trial"; Ver decisões: Chancery Division. Groveholt Ltd v Hughes [2008] EWHC 1358 (Ch), LTL 27/6/2008. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744cc630000012bf37de03659b54382&docguid=IBCBFF2E044D211DDAE988F5242D94B7F&hitguid=IBCBFF2E044D211DDAE988F5242D94B7F&spos=2&epos=2&td=4&crumb-action=append&context=2. Acesso em 28/10/2010; Chancery Division. Derksen v Pillar (2002) LHT 17/12/2002. Disponível em: http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744c09a0000012bf3805b266b0b0ccd&docguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&spos=3&epos=3&td=3&crumb-actionappend&context=6. Acesso em 28/10/2010.
[190] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 509 e 512.

controvérsia, não havendo necessidade de novos elementos para se descortinar a verdade dos fatos.[191] Essa última hipótese, extraída da Regra 24.2(a)(ii) das CPR, em muito se assemelha com o instituto do julgamento conforme o estado do processo, previsto no art. 330, inc. I, do CPC brasileiro.

3.3.4. Diferenças entre *Striking Out* e *Summary Judgment*.

Os dois últimos institutos analisados – *striking out* e *summary judgment* – apresentam-se semelhantes em diversos aspectos, como a desnecessidade de *trial* e definitiva solução do conflito. Possuem, porém, certas idiossincrasias que os distinguem. A principal diferença é o estágio da cognição quando da aplicação de cada uma dessas espécies de julgamento antecipado. No *striking out*, o exame é realizado *in statu assertionis*, isto é, somente se verificam as alegações da parte, contidas no *statement of case*. Para que um requerimento de *striking out* seja acolhido, a pretensão (ou a defesa) deve se apresentar insustentável por si só, não havendo sequer a necessidade de investigação dos fatos para se concluir pela sua inviabilidade.

Embora as CPR não indiquem expressamente, pode-se fazer um paralelo do julgamento pelo *striking out* com a extinção do processo por falta de alguma das condições da ação. Mas não é só. Além de tentar evitar o processamento de demandas que apresentem partes ilegítimas, pedidos impossíveis ou denotem falta de interesse processual, o instituto também visa extirpar pretensões ou defesas contraditórias ou inverossímeis, qualidades que as próprias alegações já denunciam, sem que se necessite de dilação probatória.

O *summary judgment*, por sua vez, exige uma análise mais abrangente. Além das teses desenvolvidas pelas partes, o juiz deve examinar as provas então produzidas. Ainda que as alegações sejam verossímeis, os elementos probatórios já apresentados podem demonstrar que a versão dos fatos apresentada não se sustenta, o que leva à falta de perspectiva de sucesso.[192] Neil Andrew assevera que o *striking out* se sobrepõe ao

[191] ANDREWS, Neil H. Contracts and English Dispute Resolution. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010, p. 218.

[192] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 292: "It is said that for the purpose of striking out a statement of case under this rule, the court is obliged to treat the facts averred as true, even if it thinks that they may be very difficult to prove. In applications for striking out the court is mainly concerned with the adequacy of the parties' statements of case, with whether they disclose reasonable grounds for bringing or defending the action. By contrast, in an application for summary judgment the court may look

summary judgment, uma vez que, se for observada a hipótese da aplicação do segundo, que demanda investigação mais criteriosa, pode-se optar pelo primeiro instituto, porquanto os requisitos de sua adoção também estarão preenchidos.[193]

Outra diferença é o remédio cabível contra essas duas espécies de julgamento. Em face de um *summary judgment* somente é possível a utilização de um recurso para um tribunal hierarquicamente superior, enquanto o julgamento decorrente de *striking out* pode ser desafiado por um requerimento de revogação – *setting aside* –, que, pela sua natureza, é dirigido ao mesmo órgão julgador que proferiu a decisão. Não acolhido o pedido de afastamento do julgamento, abre-se também a possibilidade de recurso.

De toda sorte, são institutos muito semelhantes, o que causa controvérsias na sua aplicação. Para Zuckerman, haja vista possuírem o mesmo objetivo de prezar pelo uso proporcional dos recursos da corte e de evitar a prática de atos processuais desnecessária, é lícito o pedido de julgamento por *striking out* seguido de pedido subsidiário de *summary judgment*.[194] Nesse sentido decidiu a *Court of Appeal* no caso *S v Gloucestershire*.[195]

3.4. Suspensão do processo e incentivos à utilização de ADR.

A atividade jurisdicional idealizada nos relatórios de acesso à justiça desenvolvidos por Lord Woolf, e que são a base das CPR , tem como principal premissa evitar de todas as formas o exercício da jurisdição. Essa ideologia, que parece contraditória – jurisdição busca primordialmente evitar a utilização da jurisdição -, é um dos pilares de

---

beyond the statements of case and consider the evidence and whether a party has a real prospect of success"; ANDREWS, Neil H. Contracts and English Dispute Resolution. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010, p. 220: "Both pre-trial procedures serve the function of enabling the court to weed out bad or tenuous claims or defences. Both are subject to the evidential constraint that the court can only receive oral evidence at trial. As we shall see, the summary judgment sieve has a slightly finer mesh than the striking out jurisdiction".

[193] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 522: "The court's striking out powers overlap with summary judgment under CPR Part 24, although the two forms of attack are not co-extensive. In particular, CPR 3.4(2)(a) ('the statements of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim'), which concerns the legal merits of a claim or defence, can overlap with a Part 24 application for summary judgment based upon the same suggested legal defect or the factual weakness of a party's case"

[194] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 293.

[195] Court of Appeal. (2001). S v Gloucestershire CC [2001] Fam 313, 341-2, CA, per May LJ. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05e0000012bf281cf8cb2e48806&docguid=I91425840E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I91425840E42811DA8FC2A0F0355337E9&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=4. Acesso em 28/10/2010: "For a summary judgment application to succeed in a case such as this where a strike out application would not succeed, the court will first need to be satisfied that all substantial facts relevant to the allegations of negligence, which are reasonably capable of being presented to the court, are indeed before the court; that these facts are undisputed or that there is no real prospect of successfully disputing them; and that there is no real prospect of oral evidence affecting the court's assessment of the facts".

todo o novo ordenamento processual inglês e galês. E não é necessário buscá-la nas entrelinhas. Em seu relatório final, Lord Wolf proclama que no novo sistema *"litigation will be avoided wherever possible"*[196] e, para tanto, os litigantes devem servir-se dos métodos alternativos de solução de conflitos e dos *pre-action protocols*.[197]

Encorajar o uso de ADR e sancionar partes que resistem à adoção da mediação tornaram-se mantras no Poder Judiciário. Para que toda a ideologia das CPR funcionasse, era indispensável que os juízes entendessem a importância de estimular a cultura de acordos e a experiência demonstra que eles compreenderam a mensagem.[198] Neil Andrews considera essa a política mais adequada. Solução adjudicada deve ser enxergada como último recurso, exceto quando: (i) o réu apresentar postura não colaborativa e procrastinatória – o que pode ser resolvido com o uso de *striking out* ou *summary judgment* -; (ii) as tentativas de celebração de acordo por outros métodos falharam; (iii) a mediação não tem grande chance de sucesso em razão da relutância ou teimosia de uma das partes; (iv) os custos envolvidos na mediação sejam maiores do que aqueles que seriam despendidos no processo judicial; (v) há o interesse público no julgamento da questão.[199]

Hazel Genn noticia que, apesar de a arbitragem e a conciliação já apresentarem uma história de desenvolvimento na Inglaterra no início da década de 1990, o uso da mediação ainda era embrionário. No ano de 1990, foi criado em Londres o *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR). Com a criação do centro, os mediadores não dispensaram esforços na tentativa de promover e divulgar a mediação e outros métodos autocompositivos de solução de conflitos como forma de combater a crise da justiça civil. A campanha, até então com sucesso limitado, passou a colher os frutos quando da

[196] Access to Justice. Final Report. Disponível em http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm. Acesso em 06/12/2010: "(...) 9. The new landscape will have the following features. *Litigation will be avoided wherever possible.*(a) People will be encouraged to start court proceedings to resolve disputes only as a last resort, and after using other more appropriate means when these are available. (b) Information on sources of alternative dispute resolution (ADR) will be provided at all civil courts. (c) Legal aid funding will be available for pre litigation resolution and ADR. (d) Protocols in relation to medical negligence, housing and personal injury, and additional powers for the court in relation to pre litigation disclosure, will enable parties to obtain information earlier and promote settlement. (e) Before commencing litigation both parties will be able to make offers to settle the whole or part of a dispute supported by a special regime as to costs and higher rates of interest if not accepted.

[197] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 546: "However, it is clear that the true public interest is not in maintaining an unnecessary inflated stream of cases which are formally commenced and settled, but in stimulating pre-action settlement and avoidance of litigation, whenever possible. In this regard, pre-action protocols have a large and salutary function"

[198] CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? Ob. cit., p. 47: "Secondly, Woolf's cultural shift required the court and litigants to place greater emphasis on resolving disputes consensually. This is an aspect of active case management that Woolf understood as being central to new litigation culture".

[199] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 205-206.

divulgação dos relatórios de Lord Woolf e a normatização das ADR's nas CPR.[200] Em outras palavras, foi necessária a regulamentação na lei processual para o desenvolvimento da mediação na Inglaterra e no País de Gales.

Neil Andrews observa outros fatores que contribuíram para o desenvolvimento do instituto. Primeiramente, os altos custos do processo judicial estimulam a adoção de outros métodos. Em segundo lugar, os tribunais se entusiasmaram com a mediação e tornaram-se propagadores de sua utilização pelos litigantes. Percebeu-se, ainda, que não há apenas um momento específico para a obtenção de acordo, que pode ser estabelecido na fase dos *pre-action protocols* ou por meio de suspensão do processo em qualquer etapa para a adoção da mediação. Por fim, Andrews ressalta a importância da *dispute resolution clause*, que passou a ser adotada em inúmeros contratos comerciais e que demanda das partes a utilização de negociação, mediação e arbitragem para a dirimição dos litígios oriundos da vigência do negócio jurídico.[201]

A mediação judicial (*court-based mediation*) nos casos que utilizam o *fast* e *multi-track* tem sessões conduzidas por mediadores privados, mas são realizadas no prédio do tribunal. Tais sessões têm duração limitada e normalmente se estendem por três horas. A mediação é administrada pelo tribunal, o que inclui a autorização do exercício da profissão a mediadores previamente treinados em organizações registradas.[202]

As CPR fazem expressa menção ao incentivo do uso de ADR na regra 1.4, ao elencar as atividades envolvidas na gestão de processos. A principal ferramenta à disposição do juiz para dar efetividade a essa norma é a *stay order*, que nada mais é do que a suspensão do processo e o direcionamento do litígio para um dos outros mecanismos de solução, em especial a mediação. Destarte, por meio de requerimento de uma ou de ambas as partes ou, ainda, por iniciativa própria da corte, é lícita a suspensão para a utilização de outro método, se for considerado "*appropriate and facilitating the use of such procedure*".[203] A *stay order* é, porém, mais abrangente, podendo ser utilizada para que a parte cumpra uma obrigação processual, por exemplo.[204]

---

[200] Ob. cit., p. 92-93.
[201] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 6.
[202] PRINCE, Susan. ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral hole in the civil justice system in England and Wales? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 327- 340, p. 329.
[203] Ver nota 9.
[204] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 535-536: "A stay may amount to a refusal to exercise jurisdiction, as where the court stays proceedings in order to make way for arbitration or for the dispute to be tried abroad. A stay may give effect to a settlement agreement whereby the parties have

Antevendo que a simples suspensão do processo – a qual em grande parte dos casos se dá de ofício – não seria assaz para impulsionar o uso da mediação e a conseqüente obtenção de acordo, os tribunais tomaram medidas adicionais. Ao interpretarem a norma que os outorga poderes de estímulo ao uso de ADR's, extraíram a possibilidade de, em algumas hipóteses, estabelecer sanções decorrentes da não participação de uma parte em um processo de mediação, quando sugerida pela corte. A regra 44.5(3)(a)(ii)[205] também dispõe que devem ser considerados os esforços de resolução consensual da disputa de cada parte antes e depois de instaurada a demanda quando da decisão de repartição das despesas processuais. Assim, o litigante que apresentou postura adversarial e não se mostrou interessado, por exemplo, nas sessões de mediação, pode ser condenado a arcar com a maior parte do bolo das custas e dos honorários advocatícios.[206]

O incentivo apresenta-se, pois, em duas formas. A primeira é extraída da *stay order* (gênero) ou *ADR order* ou *mediation order* (espécies), que se consubstanciam em provimento judicial indicando o caminho que devem seguir os litigantes. Essa "sugestão", por si só, já se demonstra capaz de estimular a conduta das partes na direção sugerida. Em segundo lugar, há a real ameaça de a escolha refletir na condenação de custas ao final do processo. Como alerta Shirley Shipman, mais do que encorajar, os tribunais impõem pressão sobre as partes para buscarem a solução do conflito por meio alternativo à jurisdição.[207]

---

agreed to bring proceedings to an end while keeping open the possibility of applying to court if disputes arose about the implementation of the settlement. A stay order may express a case management decision, as where the court orders a stay pending a settlement attempt, or where the court imposes a stay until a party fulfils a process obligation, such as giving disclosure or agreeing a medical examination. Finally, a stay may be imposed not in the action itself but on its consequential effects, such as a stay of execution of judgment".

[205] Ver nota 9.

[206] GENN, HAZEL. *Judging Civil Justice*. Ob. cit., p. 94-95: "The strength of Lord Woolf's conviction that the public should be trying mediation rather than litigation was given expression in the Civil Procedure Rules, which conferred on the court authority to order parties to attempt to settle their case using ADR and the judge the power to deprive a party of their legal costs if, in the court's view, the party has behaved unreasonably during the course of the litigation. This discretion is of considerable significance when legal costs are often equal to, and may dwarf, the amount of money at stake in the dispute. The effect of the rules in relation to ADR is not to provide a direct incentive for parties to settle disputes by mediation but to impose a future threat of financial penalty on a party who might be deemed to have unreasonably refused an offer of mediation".

[207] SHIPMAN, Shirley. Alternative Dispute Resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 341-355, p. 345: "The situation in relation to court encouragement to undertake an ADR procedure is different. First, there is no immediate threat to deprive a non-compliant individual of his business if he does not settle the claim. Secondly, the individual is encouraged to undertake an ADR procedure - taking part in the process, whilst clear aimed at encouraging settlement, is not necessarily going to lead to a settled claim. However, as a result of the case management duty of the courts to encourage parties to undertake an ADR procedure, individual arguably face two types of pressure: first, authoritative encouragement and secondly, the threat of an adverse costs award".

Inicialmente, a *Court of Appeal* demonstrou-se tímida na imposição de sanções em face do litigante que não adere à sugestão da corte acerca do uso de ADR. Em um caso processado perante a *Commercial Court*, a *Court of Appeal* sustentou que não representa abuso processual a negativa do demandante em participar de procedimento de mediação. No entanto, em decisões posteriores, a mesma corte alterou sua posição, adotando postura mais enfática quanto à obrigação das partes de auxiliarem na consecução do *overriding objective*, o que inclui acatar a sugestão de utilização de método indicado pelo tribunal.[208]

Em uma decisão emblemática, a *Court of Appeal* determinou que o réu pagasse integralmente as custas da autora, mesmo tendo esta sucumbido em todos seus pedidos. A demandante teve seus cavalos atropelados por um trem que passava próximo à sua propriedade. Inconformada, ajuizou ação reparatória em face da empresa de transporte ferroviário. Os juízes sugeriram o uso de mediação e a ré se negou a participar, uma vez que considerava sua posição forte e que era bem provável que se sairia vitoriosa do julgamento. Foi o que aconteceu. Contudo, em razão de sua recusa, a ré foi condenada a arcar com suas despesas e com as despesas e honorários advocatícios pagos pela autora. A *Court of Appeal* aplicou a regra 44.5(3)(a)(ii) das CPR, mesmo tendo a autora sucumbido integralmente.[209]

Os tribunais ingleses também defendem a validade e eficácia da cláusula de mediação. Neil Andrews noticia que no caso *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd*, constatou-se a existência de cláusula dessa espécie no contrato celebrado pelas partes. A *Commercial Court* a considerou válida e decidiu que o dever contratual de não buscar o Poder Judiciário antes do uso da mediação deve ser respeitado pelas partes.[210]

Não basta, porém, aceitar a mediação indicada na *stay order*. As partes devem se engajar nas sessões de mediação com boa-fé, apresentando disposição para negociar e não se firmando em posições desarrazoadas. Consoante assevera Michael Cook, a parte que concorda com o uso da mediação, mas age de forma a evitar seu sucesso, pode sofrer as mesmas conseqüências do que aquele litigante que se recusou a aderir à sugestão do tribunal.[211] A decisão do caso *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker* ilustra bem esse

[208] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 545.
[209] Dunnett v Railtrack plc (Practice Note) [2002] 1 WLR 2434, CA, paras 13 ff. Court of Appeal, 2002, Weekly Law Reports, 1, 2434.
[210] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 230-231.
[211] COOK, Michael J. *Cook on Costs*. London: LexisNexis, 2010, p. 138: "A party who agrees to mediation, but then causes the mediation to fail by reason of his unreasonable position in the mediation is in reality in the same position as a party who unreasonably refused to mediate. It is something which the court could and should take account of in the costs order".

risco. A atitude não cooperativa na mediação rendeu ao autor – vencedor da demanda – uma redução de oitenta por cento dos custos que teria direito a reembolso pelas regras ordinárias de divisão de despesas.[212]

Embora a participação na mediação ou em algum outro método autocompositivo de solução de conflito não se configure um pressuposto de admissibilidade da ação, o sistema inglês parece ter adotado a mediação compulsória, já prevista em outros países, como a Argentina, e alguns estados norte-americanos. Hazel Genn argumenta que, não obstante Lord Woolf não ter proposto literalmente o uso de ADR como obrigatório, a outorga de poderes aos juízes para direcionar o litígio a um desses métodos, acompanhada da possibilidade de sanção pelo não acolhimento do provimento judicial, faz com que as partes percebem que não têm escolha.[213]

Enquanto Neil Andrews não enxerga a previsão de mediação compulsória, mas *semi-voluntary ADR*[214], Shirley Shipman afirma que o nível de liberdade de escolha conferida aos litigantes não lhes dá verdadeira opção entre aderir à mediação ou prosseguir em direção ao *trial*.[215] Essa ausência de liberdade retira o caráter voluntário, caracterizando a obrigatoriedade de acolher a ordem do tribunal e participar com postura colaborativa nas sessões de mediação.

É forçoso concluir, pois, que uma das ferramentas de *case management* mais utilizadas e mais eficazes para os propósitos estabelecidos nas CPR é a mediação judicial compulsória.

A política inglesa de evitar o exercício da jurisdição a qualquer custo e a utilização das *stay orders* como instrumento para alcançar esse fim não escapou de críticas de autores ingleses. São conhecidas as ideias de estudiosos norte-americanos contra a

---

[212] Earl of Malmesbury v Strutt and Parker. Queen's Bench Division. 2008. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744cc640000012bf7547 0c015a776f0&docguid=IBD6DCAB0FFA811DC9D1B8C6BC40CF7FD&hitguid=IBD6DCAB0FFA811DC9D1B8C6BC40CF7FD&spos=2&epos=2&td=3&crumb-action=append&context=7. Acesso em 29/10/2010.

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

[214] ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 543-544: "The court's overall responsibility during 'case management' includes both 'helping the parties to settle the whole or part of the case' and 'encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate'. Furthermore, the courts can, of their own motion, stay proceedings to give time for this or settlement negotiations. To use the jargon of this field, English procedure has now embraced 'semi-voluntary and court-annexed ADR', that is, that parties can be told by the court to halt litigating and consider mediation or conciliation".

[215] Ob. cit., p. 349: "The essence of waiver tainted by constraint is that the individual has no real choice as to whether to exercise a particular right. Hence, the waiver of that right cannot be considered voluntary. The voluntary character of a decision depends on the level of freedom to choose. To be a valid waiver there must be true choice to concede the particular right. It is arguable that in certain circumstances an individual is denied a true choice in deciding to undertake an ADR procedure rather than proceeding to trial"

cultura de obtenção de acordos independentemente do caso.[216] As CPR trouxerem essa discussão para o outro lado do Oceano Atlântico.

A questão envolve velho debate acerca dos escopos da jurisdição. Sob o ponto de vista inglês e mais especificamente das disposições contidas na CPR, resume-se à conveniência de sempre se evitar o processo judicial, enxergando a jurisdição somente como uma forma de solucionar conflitos, ou de se conduzir casos para julgamento, com vistas à consecução de fins outros. Zuckerman compara a jurisdição civil à penal e argumenta que ninguém enxerga esta como mera forma de resolução de disputas, o que também deveria ocorrer com aquela, já que é o meio de assegurar o respeito aos direitos civis.[217]

Hazel Genn prega um equilíbrio. Entende necessário o estabelecimento de uma triagem de casos, separando aqueles para os quais a solução adjudicada é considerada adequada daqueles que basta a mera solução do conflito, independentemente do método. Para tanto, julga indispensável que a qualidade da justiça civil não seja medida apenas pela sua velocidade e custo ou pela habilidade do sistema em dirigir os conflitos para fora da jurisdição. A justiça civil deve ser de novo considerada um bem público, tão importante para a saúde da sociedade como a justiça penal.[218]

A autora demonstra sua preocupação com o sistema de mediação compulsória inglês sobre outros dois aspectos: (i) a mediação é mais apropriada e bem sucedida quando as partes ingressam voluntariamente nas sessões; (ii) a mediação vem sendo costumeiramente adotada não pelas suas qualidades e benefícios, mas como uma forma de oposição à resolução por meio da jurisdição.[219] Em outro estudo[220], defendi que a escolha dos métodos de solução de conflitos deve se pautar pela observância do princípio da

[216] Ver FISS, Owen. Contra o Acordo. In: *Um novo processo civil.* Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. RT, 2004.

[217] ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. Ob. cit., p. 90: "Court adjudication is the process which provides citizens with remedies for wrongs that they have suffered. Without remedies there are no rights and without rights there is no rule of law. No one thinks of the criminal trial as merely a dispute resolution process. Nor should one regard the adjudication of civil claims as merely a dispute resolution mechanism because the civil process is just as much a law enforcement process as is its criminal counterpart. Put differently, the civil court underwrites our civil rights"

[218] Ob. cit., p. 76-77: "We need a strategy for the cases that we want to encourage into the system and those that we would prefer to discourage and we need to articulate our reasons for both of these choices. Our judgment about the quality of our civil justice system should not be measured simply in terms of speed and cheapness, or by how many cases we can persuade to go elsewhere. Finally, we need to re-establish civil justice as a public good, recognising that it has a significant social purpose that is as important to the health of society as criminal justice".

[219] Idem, p. 80.

[220] V. o meu *O Princípio da Adequação e os métodos de solução de conflitos*. Trabalho ainda inédito.

adequação, isto é, não é aconselhável que a lei ou o órgão judicial remeta as partes sempre para o mesmo método, somente para descongestionar a justiça civil. A mediação e os demais mecanismos autocompositivos devem ser procurados quando a natureza e características do conflito indiquem que essa é a forma mais adequada de enfrentá-lo.

A vantagem do sistema inglês é que a escolha não é feita de forma genérica e abstrata na lei, mas sim por juízes – que iniciam a carreira da magistratura já experientes e gozam da confiança da classe jurídica – que estão na posse de todos os detalhes do conflito, viabilizando a triagem com mais precisão. É essencial, no entanto, que tenham a sensibilidade de não remeter todos os litígios para um mecanismo de solução consensual somente com o intuito de evitar o *trial* ou, mais precisamente, o exercício da jurisdição.

De qualquer forma, é inegável que a adoção da mediação judicial obrigatória é ferramenta de gestão de processos e está em total sintonia com os escopos da jurisdição almejados pelo legislador inglês, que idealizou uma justiça civil de caráter privatista, primordialmente voltada para servir de mecanismo de solução de conflitos.

3.5. Admissão de provas e *cross examination*.

A discricionariedade judicial alcança também a instrução do processo. As CPR concedem poderes às cortes para controlar a produção da prova. Dispõe a regra 32.1 que o juiz poderá: (i) delimitar os fatos que dependem de comprovação por meio de prova; (ii) especificar o meio de prova a ser utilizado para demonstração de existência de cada fato; (iii) estabelecer a forma pela qual a prova deve ser produzida perante a corte; (iv) inadmitir prova, mesmo que seja considerada admissível; (v) limitar a *cross-examination*.

A gestão da prova tem o objetivo de organizar a fase instrutória e de evitar a prática de atos supérfluos. O juiz está autorizado, ainda, a modificar a forma do ato, admitindo, por exemplo, o depoimento de peritos e testemunhas por escrito, ao invés do tradicional formato oral.

A exclusão de provas em tese admissíveis deve ocorrer de forma parcimoniosa. A doutrina relata que quanto mais relevante for a prova mais relutante será o juiz em inadmiti-la. A finalidade da norma é tornar a fase instrutória mais objetiva, excluindo provas que visam provar questões periféricas e para limitar número de testemunhas para a

prova do mesmo fato.[221] Peter Murphy ressalta que, além de servir como meio de afastar provas obtidas por meios ilícitos, o poder de gestão serve ainda como uma forma de evitar que litigantes com mais recursos procrastinem o desenrolar do procedimento com a produção de inúmeras provas inúteis ou repetitivas.[222]

Aplicando a regra 32 das CPR, a *Court of Appeal*, no caso *Attorney General v Scriven*, sustentou que os tribunais não são obrigados a dilatar a fase probatória pelo tempo que desejarem os litigantes. Têm, pois, a função de controlar a produção da prova e evitar que ocorram abusos processuais decorrentes da conduta das partes.[223] Zuckerman esclarece que não é lícito aos juízes proibir as partes de produzirem prova para a comprovação de fato relevante às suas teses, o que seria considerado violação do direito ao *fair trial*, previsto na norma 6(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos. O que é permitido aos tribunais é a limitação da quantidade de elementos probatórios a serem apresentados para a demonstração de existência de determinado fato.[224] No mesmo sentido, O'Hare e Browne asseveram que o poder de limitação da prova e do *cross-examination* deve ser exercido sob o enfoque da obrigação de processar e julgar de forma justa, prevista no *overriding objective*, o que impede que um litigante seja privado de revelar a verdade de fato essencial à sua pretensão ou defesa.[225]

A modificação da forma de produção da prova afigura-se útil ao se realizar uma exegese sistemática. A oitiva de depoimentos é realizada habitualmente no *trial* e algumas

[221] KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Eighth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 44: "Rule 32.1(2) also confers extremely wide powers: subject to rule 1.1, there are no express limitations as to the extent of the power or the manner of its exercise. As we have seen, civil courts already have the common law power to exclude evidence even if plainly relevant, but it has been said that the more relevant the evidence is, the more reluctant the court is likely to be to exercise its discretion to exclude and that the power to exclude under rule 32.1(2) should be exercised with great circumspection. However, rule 32.1(2) can be used to exclude peripheral material which is not essential to the just determination of the real issues between the parties and, in appropriate circumstances, evidence that has been obtained illegally or improperly. It can also be used, it is submitted, to restrict the number of witnesses and exclude superfluous evidence".

[222] MURPHY, Peter. *Murphy on evidence*. Eleventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 49: "The only general limitation on the court's powers seems to be the basic injunction of r. 1.1 that those powers must be exercised so as to give effect to the overriding objective of the rules, namely to deal with cases justly. It has been said that r. 32.1 provides the court with a case management tool which enables it to prevent the case from getting out of hand. It would certainly seem appropriate for a judge to use the power to exclude in cases in which evidences has been obtained in violation of a provision of the European Convention on Human Rights, as well as for the more prosaic but no less important purposes of protecting litigants or more modest means against better-funded opponents who might seek to deluge them with paper, and restraining excessive cross-examination".

[223] Court of Appeal. [2000] Attorney General v Scriven. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?src=doc&linktype=ref&&context=5&crumb-action=replace&docguid=I697F2A50E42711DA8FC2A0F0355337E9. Acesso em 05/11/2010.

[224] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 424.

[225] O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. Ob. cit., p. 553.

formas de julgamento visam exatamente evitar a realização do *trial*. Destarte, a apresentação de depoimento de peritos e testemunhas no formato de documento é capaz de gerar o convencimento do julgador de que está presente a hipótese de cabimento do *summary judgment*, por exemplo. As decisões de gestão do processo no que concerne à prova também são passíveis de serem desafiadas por recurso. Segundo Katharine Grevling, os tribunais competentes para o julgamento dos recursos reformarão as decisões que mitigarem indevidamente o direito à prova das partes, mesmo que a decisão recorrida tenha natureza essencialmente de gestão discricionária do processo.[226]

4- A reação da Corte Européia de Direitos Humanos e o impacto na Europa Continental.

A reforma no ordenamento processual inglês não foi ignorada pelos demais países europeus. Da mesma forma, os novos institutos concebidos nas CPR foram objeto de estudos e, em alguns casos, de julgamento na Corte Européia de Direitos Humanos (ECtHR). Esse tribunal europeu tem sua competência estabelecida nos arts. 33, 34, 46 e 47 da Convenção Européia de Direitos Humanos, o que inclui o processamento e julgamento de causas entre nações e entre indivíduos e nações.

Essa possibilidade de revisão de decisões nacionais por corte supranacional, levou cidadãos ingleses, inconformados com decisões obtidas na jurisdição interna, a buscarem a tutela da ECtHR. Será a seguir analisada a reação do tribunal europeu em relação a dois instrumentos de gestão de processos, quais sejam, o *striking out* e a condução do litígio para a mediação.

Examinar-se-á, ainda, a influência das CPR em outros países europeus, em especial naqueles de tradição romano-germânica.

4.1. Decisões da Corte Européia em relação à aplicação do *striking out*.

[226] GREVLING, Katharine. CPR r 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Pres. s, 2009, p. 249-269, p 255.

A possibilidade de uma corte inglesa rejeitar a pretensão ou a defesa apresentada mesmo antes de o início da fase instrutória e com base apenas nas assertivas das partes foi objeto de exame pela *European Court of Human Rights*. No primeiro caso que chegou à sua apreciação, a corte européia considerou inadequada a aplicação do *striking out*, haja vista ter vislumbrado violação à Convenção Européia de Direitos Humanos que, em seu artigo 6(1), prevê o direito ao acesso à justiça.

O referido caso, *Osman v UK*, era oriundo de uma demanda que se processara na Inglaterra, na qual se discutia o direito à reparação decorrente de negligência policial. O caso tratava de um homicídio. O autor do crime, um professor do ensino fundamental, passou a perseguir um aluno na escola em que trabalhava. A família deu conhecimento à escola e à polícia acerca dos atos criminosos praticados pelo professor. Ele foi interrogado, mas não foi preso. Meses depois, matou o pai do aluno, tendo sido condenado pelo assassinato. A família ajuizou ação contra o Estado, com fundamento na negligência, consubstanciada na falta de prisão após os primeiros sinais de que a fatalidade ocorreria. A demanda foi objeto de *striking out*, com fulcro em um precedente que sustentava a ausência de responsabilidade da polícia em situação similar. A família buscou a instância européia, que concordou com os argumentos apresentados e condenou o Reino Unido.[227]

Essa decisão foi muito contestada na Inglaterra, já que o instituto do *striking out* serve às cortes como uma forma de distribuir os custos do serviço da jurisdição, eliminando no início causas que não têm chance de sucesso. Apresenta-se, destarte, como importante ferramenta de gestão de processos, a qual os juízes ingleses não estavam dispostos a perder. Zuckerman criticou duramente a decisão da ECtHR. Considerou como entendimento amplamente equivocado tratar de violação ao direito ao *fair trial* quando da aplicação do *striking out*. Para o autor, negar acesso a um procedimento mais extenso não é o mesmo que negar acesso à justiça. Ademais, todos os sistemas modernos de administração de justiça possuem meios de alocar os conflitos em diferentes ritos, dependendo do valor, da complexidade, da importância etc. Decidir sumariamente não pode, portanto, ser considerado como negativa de acesso.[228]

A corte européia ouviu as críticas dos ingleses. No caso seguinte acerca da aplicação do *striking out*, a ECtHR reformulou seu entendimento. Em *Z v UK*, julgou que

[227] Noticiado por ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., 167-169.
[228] ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 281.

este tipo de filtro, capaz de gerar julgamento sumário, é compatível com o direito ao acesso à justiça se for utilizado após levarem-se em consideração possíveis diferenças entre o caso em julgamento e o precedente que serve de base à decisão de *striking out*.[229]

Essa espécie de solução sumária do conflito é atualmente bastante utilizada por tribunais ingleses, mas as decisões da ECtHR serviram para tornar mais minucioso o exame quanto ao preenchimento dos requisitos de cabimento de sua aplicação.

4.2. Entendimento da Corte Européia a respeito do incentivo à utilização de mediação

Certamente, assim como os juízes ingleses e das outras partes da Europa, a corte européia vê com bons olhos a prática de mediação e dos demais ADR's, como meios alternativos à jurisdição. O Parlamento Europeu, inclusive, estabeleceu diretiva incentivando o uso da mediação, com o escopo de assegurar um melhor acesso à justiça.[230] No entanto, a maneira pela qual são encorajados a aderir aos ADR's na Inglaterra e no País de Gales pode ser interpretada como violação ao direito ao *fair trial*.

Conforme relatado, é lícita às cortes inglesas a suspensão do processo atrelada à sugestão dirigida às partes para utilizarem-se da mediação ou de outro mecanismo de solução do conflito diferente da jurisdição. A forma que conduzem seus atos após a sugestão influenciará na decisão acerca da repartição da responsabilidade pelos custos do processo. Esse mecanismo de pressão, consoante concluído supra, retira a voluntariedade da decisão dos litigantes.

Shirley Shipman, pesquisando a jurisprudência da ECtHR, observou que o sistema inglês de *mediation order* pode em determinados casos ser considerado como infração ao art. 6(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos. Entende que a corte européia tenderia a concluir que a simples divulgação das vantagens dos ADR's seria suficiente para promover o seu uso em larga escala, não sendo indispensável a adoção de mediação compulsória ou de mecanismo que deixe os litigantes sem real poder de escolha.[231]

---

[229] Noticiado por ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., 167-169.

[230] Diretiva 52/2008. Disponível em português em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF. Acesso em 14/12/2010.

[231] Ob. cit., p. 355: "The study o f relevant ECtHR jurisprudence suggests that is possible, in certain circumstances, that the ECtHR may find that the threat or actual imposition of an adverse costs award amounts to a violation of an individual's right of access to court under Article 6(1). This conclusion is enhanced by the fact that if the rhetoric about the advantages of ADR is accurate, then education and use over time ought to be sufficient to promote greater use. It is worth noting also that research conducted in the

A imposição judicial tem, porém, o escopo de criação ou de disseminação da cultura, para o qual a realização de campanhas publicitárias não se mostrou na história tão eficiente. Ademais, a *stay order* pressiona apenas à participação comprometida na mediação, principalmente, e em outros mecanismos autocompositivos de dirimição de conflitos. Não obriga as partes a alcançarem o acordo. Entendo que o sistema inglês tende a gerar mais benefícios do que malefícios ao acesso à justiça se a triagem realizada pelos tribunais demonstrar-se apurada, direcionando os conflitos pela sua natureza, para serem enfrentados por mecanismos mais adequados do que se apresenta a jurisdição para o caso concreto.

4.3. O impacto das CPR na Europa Continental.

As CPR revolucionaram a jurisdição civil inglesa. A sua influência, contudo, não se restringiu à Inglaterra e ao País de Gales. Outras jurisdições européias foram influenciadas pela gestão flexível de processos pelos juízes e serviram-se da nova legislação inglesa como exemplo para melhorias internas.

Filippo Valguarnea comenta que as últimas reformas observadas nas legislações processuais de países europeus buscam a efetividade do processo por meio de dois elementos: a elasticidade do rito, que possibilite a adaptação à complexidade da causa, e a concessão de poderes ao juiz para gerir o processo, dosando os recursos processuais segundo a necessidade.[232] O autor examinou a reforma processual ocorrida na Noruega e percebeu a manifesta influência do sistema inglês, com juízes gerindo o processo com fulcro em poderes discricionários concedidos pelo legislador.[233]

Na França, em dezembro de 2003, por meio do chamado *contrat de procédure*, o *Tribunal de Grande Instance* de Paris celebrou acordo com a ordem de advogados local para que fosse concedido aos juízes parisienses o poder de fixar um calendário para a prática dos atos processuais.[234] Posteriormente, essa possibilidade foi introduzida no art. 764 do NCPC, pelo decreto n.º 1.628/2005. Até entre nós as CPR se fazem presentes. No

Central London County Court suggests that where individuals feel pressurised into mediation, there is likely to be a settlement as a result of the mediation. The use of a measure that adversely impacts on an individual, and is not a particularly effective way of achieving a specific aim, is arguably disproportionate".

[232] VALGUARNERA, Filippo. Le Riforme de processo civile in Norvegia: qualque riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXII, n.º 3, p. 885-912, 2008, p. 886.

[233] Idem, p. 893-894.

[234] GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile*: droit interne e droit comunitaire. 28 édition. Paris: Dalloz, 2008, p. 789-790.

Brasil, a primeira versão do projeto para o novo Código de Processo Civil, com inegável influência advinda dos direitos inglês e português, previu a outorga de poderes de adequação ao juiz brasileiro.

A influência do novo sistema alhures também refletiu internamente na Inglaterra. Neil Andrews observa que inúmeros contratos comerciais estrangeiros contêm cláusula de escolha dos tribunais ingleses como competentes para a solução do conflito. Atualmente, em metade dos casos julgados pela *Commercial Court* de Londres os litigantes não são residentes na Inglaterra ou no País de Gales.[235]

A eficácia das CPR para diminuir a lentidão da justiça civil inglesa serviu, pois, de parâmetro para melhorias em outras jurisdições, e como atrativo das cortes inglesas para dirimir conflitos internacionais.

5- Pontos de sucesso, deficiências e perspectivas.

A reforma introduzida pelas CPR e precedida pelos relatórios de acesso à justiça de Lord Woolf tinha como escopos a redução do tempo de duração do processo e a diminuição da complexidade e dos custos na jurisdição civil. Mais de uma década de vigência do código de processo civil inglês, dúvidas não restam de que foi bem sucedida em agilizar a prestação jurisdicional. Da mesma forma, é inegável que a reforma não se mostrou capaz de solucionar o problema da complexidade e, por conseguinte, dos custos envolvidos no processo civil inglês e galês.[236]

A doutrina é praticamente uníssona a respeito do sucesso obtido pelo *court case management* no que concerne à redução do tempo necessário à solução do conflito. Robert Turner afirma que, com a colaboração de juiz e partes, casos que normalmente permaneceriam cinco anos sem julgamento, são atualmente solucionados entre quinze a dezoito meses.[237] Tim Parkes, após realizar pesquisa de campo, principalmente por meio de entrevistas com advogados militantes, noticia um consenso de que a gestão de processos

[235] ANDREWS, Neil H. *English Civil Justice and Remedies*. Ob. cit., p. 38.
[236] TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. Ob. cit., p. 85: "But we failed in some important respects. Litigation has become much more bureaucratic and paper-based. The Rules have latterly not always been well written: we seem to have lost the Victorian ability to express our intentions with a few well chosen and succinct words or phrases. The cost of litigation has for a number of unrelated reasons become excessive. Lord Justice Jackson has been given the almost Herculean task of attempting to devise a better system. Many are inclined to accept that the indemnity principle that costs should follow the event must be abandoned".
[237] Idem, p. 84.

pela corte tornou mais eficiente a jurisdição civil. A classe dos advogados aceitou tão bem a reforma que sugere, inclusive, uma gestão mais incisiva e proativa, exercida por um juiz especialista nessa atividade.[238]

Zuckerman reconhece que as CPR fornecem à justiça civil a infraestrutura necessária à adequada gestão dos processos.[239] Para o autor, o exercício do *case management* de forma eficiente demanda (i) a existência de um objetivo claro; (ii) a outorga pela lei de poderes suficientes para a consecução desse objetivo; e (iii) recursos humanos que compreendam a abrangência e a importância desses poderes e a finalidade buscada com o seu exercício.[240]

Da mesma forma que há convergência entre os processualistas ingleses acerca da principal virtude da gestão de processos pela corte, os mesmos pontos de fracasso são também apontados pela doutrina.[241] O exercício da jurisdição tornou-se mais complexo e os juízes ainda não aprenderam a lidar com litígios que envolvem grande repercussão e responsabilidade. Neil Andrews relata incidentes ocorridos em dois "super-casos" que se processaram na *Commercial Court* em Londres e nos quais os juízes da corte não souberam como aplicar de forma apurada os poderes disponibilizados para a gestão dos processos. As demandas entre *Equitable Life Assurance v Ernest & Young* e *Three Rivers District Council and others v Governor of the Bank of England* ficaram famosas na

[238] Ob. cit., p. 450: "There was however a consensus that increased case management could lead to greater efficiency. As one respondent, a senior of associate in General Commercial Litigation put it, 'whilst the CPR can assist in alleviating such concerns in a significant way, it will depend on the willingness of the court to actively manage cases. There is still a sense that the court could act more consistently and proactively with the parties in considering how best to achieve efficiencies in proceedings' Several practitioners advocated the use of a single specialist judge throughout the case to encourage sensible case management and to improve consistency".

[239] ZUCKERMAN, Adrian S. Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Gieseking-Verlag, 2009, p. 1-14, p. 4: "The court has wide case management powers to ensure that cases are managed efficiently. The rules provide the court with the authority and the tool needed for matching process to dispute, which is done through case management directions. To enable the court to do so, it is provided with early information about the nature of the issues, the extent of documentary disclosure, the expected number of witness and the need for expert evidence. On the basis of such information the court will give case-sensitive management directions; including a time table for the completion of the various procedural steps".

[240] ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. Ob. cit., p. 93.

[241] GENN, HAZEL. *Judging Civil Justice*. Ob. cit., p. 56: "Lord Woolf's intention was to reduce delay, complexity and cost in the civil justice system. The evidence suggests that post-issue delay has been reduced and that cases are being settled earlier. The concept of 'proportionality' in procedure has also been a constructive improvement to the operation of civil justice. However, the evidence also suggests that at least two of the objectives have not been met. The Civil Procedural Rules have become increasingly elaborate over the decade since they were introduced and the cost of litigation has risen"; CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? Ob. cit., p. 33-34: "In my opinion, with the notable exception of costs to which I will return, they have been a considerable success".

Inglaterra pelo excesso de duração do processo e pelos custos exorbitantes envolvidos. O autor indica o caminho a trilhar para lidar com tais tipos de litígio: (i) os juízes devem exercer ativamente os poderes de gestão para assegurar a condução eficiente dos casos; (ii) a utilização de tecnologia pode se afigurar apropriada, especialmente na atividade de *disclosure*; (iii) a mediação pode ser utilizada, ainda que apenas para resolver questões incidentes; (iv) pode-se pensar em adotar um código específico para regular o processamento dessa espécie de litígios; (v) é indispensável dar apoio aos juízes, que sofrem pressão adicional ao lidarem com casos dessa proporção; (vi) deve ser utilizado o instituto do *striking out* de forma mais contundente, para evitar necessidade de *trial* para questões sem sustentação.[242]

Outro fator ocasionador de complexidade na jurisdição civil é o interesse econômico dos advogados. Os *solicitors*, advogados não vinculados ao tribunal e que são contratados pelas partes para representá-las em ações judiciais, recebem em regra por hora trabalhada. Quanto maior a complexidade, maior será a demanda de trabalho e, conseguintemente, maior será a remuneração dos advogados. Não é a regra observar advogados agindo de má-fé, com a "criação" de necessidades inexistentes. No entanto, como cobram por hora ou com base na complexidade do caso, não há incentivo algum para que economizem nos serviços prestados.[243]

Atrelada à questão da complexidade, subsiste o maior desafio para a jurisdição inglesa, que está presente desde a fase pré-CPR e que a reforma falhou em combater. Trata-se da questão dos altos custos envolvidos. Hazel Geen noticia a evolução da regra sobre os custos na Inglaterra. Historicamente, os tribunais eram financiados conjuntamente pelos contribuintes – cujos tributos por eles pagos serviam para pagamento de juízes e da infraestrutura – e pelos demandantes, por meio do recolhimento de espécie de taxa judiciária. Na década de 1980, o governo inglês transferiu o financiamento de infraestrutura dos tributos em geral para a verba adquirida com taxa judiciária. Em 1992,

[242] ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 52-53.
[243] ZUCKERMAN, Adrian A. S. Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests. Ob. cit., p. 64; ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 170: "There is widespread dissatisfaction with the expense of civil proceeding in England and Wales. Normally, the largest element in a party's expenditure upon costs is the expense of hiring a lawyer or a legal team (see also the quotation from Buxton LJ at. 9.04). Solicitors are normally paid 'by the hour', although nowadays they are required to give an estimate of their likely fee to the client at the beginning of the litigation. Barristers receive an agreed fee for preparing a case for a hearing and appearing at court. That fee can be supplemented if the case lats for longer than expected. The sum to be paid as costs can be very large, both absolutely and in the relation to the value of the substantive claim. A shocking example is the huge costs bill, far exceeding a million pounds, incurred in an action by a 'super-model' against a newspaper. The result, only confirmed after two appeals, was that she won only four thousand pounds of damages (see the *Campbell* case, below at 9.26)".

ocorreu a mudança mais drástica, pela qual o custeio da jurisdição civil passou a ser integralmente retirado da taxa paga pelos litigantes.[244]

Em acréscimo a essa nova política, que acarretou no aumento do valor necessário a ser despendido pelos demandantes, as CPR prevêem que o sucumbente deverá arcar com todos os custos do processo. Diferentemente do que ocorre entre nós, nos *custos* está inserida toda e qualquer quantia utilizada pela parte em razão do processo, o que inclui os honorários contratuais pagos a advogados e peritos no sistema de remuneração por hora trabalhada.[245] Essa característica do sistema influi no acesso à justiça, uma vez que grande parte da população não tem condições de enfrentar o risco de litigar, sabendo que, no caso de sucumbência, terá que reembolsar ao adversário tudo aquilo que ele gastou.

O principal crítico das reformas e transferência da gestão dos processos para os juízes, Michael Zander, cita dois estudos[246] realizados antes da *Woolf's Reform* e que indicavam caminhos diversos para jurisdição inglesa. Em ambos, a gestão dos processos pelas cortes não era recomendada. Pelo contrário, era refutada, por não ser considerada um mecanismo eficiente para a solução dos problemas enfrentados pela justiça civil. Zander conclui que o *case management* inglês não só serviu para aumentar os custos, como também concebeu um sistema imprevisível, em razão da vasta discricionariedade conferida aos juízes.[247]

Outra deficiência constatada em doze anos de vivência do novo ordenamento é a leniência dos tribunais com o descumprimento de suas ordens de gestão. As CPR prevêem mecanismos de sanção para que as partes acatem as decisões dos juízes. Possuem também remédios para afastar tais sanções.[248] O uso desses remédios na Inglaterra é considerado desmedido por Zuckerman, sendo capaz de enfraquecer todo o sistema. Para o professor de Oxford, a presença dos instrumentos adequados à gestão dos processos não é suficiente

[244] Ob. cit., p. 46-47.
[245] Regra 43.2. Ver nota 9.
[246] *Study on Causes of Delay in the High Court and County Courts* de KPMG (1994) e os estudos sobre c*case management* realizados pelo *Institute of Civil Justice of Rand Corporation* (1996).
[247] ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? Ob. cit., p. 432: "Implementation of the reforms has had significant adverse consequences. Costs have risen. Inconsistence decision-making and unpredictability have hugely increased. It is doubtful wether delay in the average case has gone down. It may have gone up. The system is still bedevilled by complexity. These were the big targets central to the reform project".
[248] Regras 3.8 e 3.9.

para alcançar os resultados almejados se as cortes não se demonstrarem capazes de assegurar o cumprimento de suas ordens e dos prazos.[249]

Decisões anteriores e posteriores à vigência das CPR revelam o entendimento dos tribunais ingleses no sentido de que é mais desejável perseguir a justiça, mesmo que demande mais tempo e dinheiro, do que negar a tutela à parte que descumpriu uma ordem judicial ou um prazo.[250] Mais uma vez, há de se encontrar o equilíbrio, já que o *case management* nas mãos dos magistrados somente será eficiente se os litigantes obedecerem as suas determinações e cumprirem os prazos estabelecidos na lei e nos calendários. Caso contrário, a gestão retorna na prática para os advogados, que decidem quando e onde vão praticar os atos processuais. A possibilidade de afastamento de sanções deve existir e ser aplicada desde que sejam apresentados motivos razoáveis pelo não cumprimento da ordem e que a parte esteja agindo de boa-fé. Mais recentemente, os tribunais ingleses passaram a tratar com mais rigor a inércia dos demandantes, com o escopo de evitar a duração inaceitável do processo e o aumento dos custos.[251]

Excluindo algumas vozes isoladas, como a de Michael Zander, a percepção da comunidade jurídica inglesa é de que a transferência da gestão dos casos para os tribunais foi capaz de aprimorar a justiça civil, tornando-a mais célere e eficaz. Por outro lado, a assunção do fracasso em relação ao combate à complexidade e aos altos custos se afigurou importante passo rumo à melhoria do sistema. Em 2008, Sir Rupert Jackson foi designado para liderar uma revisão das normas e princípios que regulam os custos na jurisdição civil.

---

[249] ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. Ob. cit., p. 95: "In theory, there need not be a conflict between a well-managed litigation system and judicial discretion for dealing with non-compliance. After all, case managers must possess flexibility to respond to development in this litigation process and to be able to adapt case management plans to circumstances as they emerge. Discretion and flexibility can therefore be harnessed to improve the performance of litigation management. But it is also the case that discretion and flexibility can undermine effective case management. This will happen, for example, where parties are routinely allowed further opportunities to comply notwithstanding that they have missed deadlines. Such a policy is bound to undermine the binding force of deadlines, and is liable to lead to a culture of sloppy compliance".

[250] Court of Appeal (Civil Division) Gale v Superdrug Store plc [1996] 3 All ER 468, 477-8: Disponível em: http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05f0000012c127e5fbe1af43bcb&docguid=IAC878130E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=IAC878130E42711DA8FC2A0F0355337E9&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=2. Acesso em 03/11/2010; Court of Appeal (civil division), [2007], Marcan Shipping (London) Ltd v Kefalas: Disponível em: http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d0650000012c128b84fa7989399c&docguid=I9D43B52004EE11DC96BFB734CF640096&hitguid=I9D43B52004EE11DC96BFB734CF640096&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=6. Acesso em 03/11/2010.

[251] Decision: Court of Appeal (civil division), [2007]. Marine Rescue Technologies Ltd v Burchill. Disponível em: http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d0640000012c12924a134af8575e&docguid=I853BA9104BAC11DC869CF358B7B5BFD4&hitguid=I853BA9104BAC11DC869CF358B7B5BFD4&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=10.Acesso em 03/11/2010.

Depois de dois anos de pesquisa, foi apresentado o relatório final[252], o qual, uma vez aprovado, alterará todo a sistemática atual.[253]

O relatório sugere que os juízes tenham um papel ainda mais ativo, com vistas a assegurar que os calendários, uma vez estabelecidos de forma realista, sejam observados e que os custos sejam proporcionais à importância do caso. Ao final, no que respeita ao *case management*, Sir Jackson faz diversas recomendações[254], ressaltando que a gestão deve ser encarada como um efetivo instrumento de controle dos custos.

A perspectiva para o futuro próximo na justiça civil inglesa e galesa é, pois, solucionar o grave problema dos custos – que afeta o acesso à justiça naqueles países -, servindo-se do *case management* como ferramenta para evitar o dispêndio desproporcional de recursos.

6- Conclusão.

A experiência das CPR demonstrou que é possível uma profunda reforma na estrutura da legislação civil e que por meio da lei – acompanhada da colaboração dos advogados e, especialmente, dos juízes - pode-se introduzir uma nova cultura. O *case management* exercido pelos magistrados foi capaz de substituir a tradição adversarial, pautando-se numa ideologia colaborativa entre partes e entre estas e o tribunal.

[252] Disponível em http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/0/jacksonfinalreport140110.pdf. Acesso em 15/12/2010.

[253] O presente estudo foi desenvolvido entre novembro e dezembro de 2010, antes da consolidação na lei das reformas sugeridas por Sir Jackson.

[254] Review of Civil Litigation Costs: final report: I make the following recommendations: (i) Measures should be taken to promote the assignment of cases to designated judges with relevant expertise. (ii) A menu of standard paragraphs for case management directions for each type of case of common occurrence should be prepared and made available to all district judges both in hard copy and online in amendable form. (iii) CMCs and PTRs should either (a) be used as occasions for effective case management or (b) be dispensed with and replaced by directions on paper. Where such interim hearings are held, the judge should have proper time for pre-reading. (iv) In multi-track cases the entire timetable for the action, including trial date or trial window, should be drawn up at as early a stage as is practicable. (v) Pre-action applications should be permitted in respect of breaches of preaction protocols. (vi) The courts should be less tolerant than hitherto of unjustified delays and breaches of orders. This change of emphasis should be signalled by amendment of CPR rule 3.9. If and in so far as it is possible, courts should monitor the progress of the parties in order to secure compliance with orders and pre-empt the need for sanctions. (vii) The Master of the Rolls should designate two lords justices, at least one of whom will so far as possible be a member of any constitution of the civil division of the Court of Appeal, which is called upon to consider issues concerning the interpretation or application of the CPR. (viii) Consideration should be given to the possibility of the Court of Appeal sitting with an experienced district judge as assessor when case management issues arise.

Por trás da nova forma de gestão dos processos está a concessão de poderes amplamente discricionários às cortes inglesas, que lhes possibilita adequar o curso do processo para responder às necessidades do caso concreto. A alocação dos conflitos aos ritos previstos na lei, a fixação de calendário, a previsão de institutos capazes de proporcionar a redução do procedimento etc. são instrumentos que viabilizam o enfrentamento do litígio de forma mais flexível. Aliás, discricionariedade, adequação ou flexibilidade é o que atrai o interesse de processualistas estrangeiros para o *case management* inglês.

A aplicação do novo sistema apresenta, indubitavelmente, mais sucessos do que fracassos e pode servir de inspiração para a concepção de uma gestão proativa e discricionária do processo em outros países, inclusive no Brasil. Mas não se pode esquecer de que, na Inglaterra, foi desenvolvida para servir de instrumento para a concretização de objetivos manifestamente privatistas. O *case management* serve para solucionar o conflito da forma mais célere possível ou para encaminhá-lo também de forma breve para outro método que se considere mais adequado. Juristas ingleses, consoante acima relatado, consideram que a justiça civil inglesa deixa de lado outros valores importantes, para concentrar suas energias apenas em resolver o litígio.

Pode-se discordar da finalidade traçada pelo legislador para a justiça civil na Inglaterra, mas não se pode negar que a conexão umbilical entre os escopos da jurisdição e o *case management* é uma das principais virtudes das CPR.

Entendo que a introdução entre nós de modelo similar ao inglês pode auxiliar – não resolver - no combate às mazelas de nossa justiça. Porém, é indispensável que se estabeleça antes e de forma clara quais são os escopos idealizados para o exercício da jurisdição, que servirão de princípio norteador quando da colocação em prática dos poderes discricionários de gestão. Ademais, diferentemente do que ocorre nas CPR, o sistema ideal deve estabelecer limites aos poderes, que sejam capazes de, ao mesmo tempo, não tolher a flexibilidade e evitar o arbítrio judicial. Mas isso já é tema para outro estudo...

Cambridge, 16 de dezembro de 2010.

Bibliografia

ANDREWS, Neil. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994.

_____. *English Civil Procedure*: three aspects of the long revolution. Saggi, Conferenze e Seminari, n. 44. Roma.

_____. *English Civil Procedure*: fundamentals of the new civil justice system. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *English Civil Justice and Remedies*: progress and challenges. Tokyo: Shinzansha Publishing, 2007.

_____. *The modern civil process*: judicial and alternative forms of dispute resolution in England. Germany: Mohr Siebeck, 2008.

_____. Contracts and English Dispute Resolution. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010.

ASSER, Daan. The influences of the CPR on Civil Procedure and Evidence Reform in the Netherlands. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COOK, Michael J. *Cook on Costs*. London: LexisNexis, 2010.

CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure*: essays on 'Acees to Justice'. Oxford: Oxford University Press, 1995.

DWYER, Déirdre. Introduction. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1-29.
_____. What is the Meaning of CPR r 1.1(1)? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 65-73.

FLANDERS, Steven. Case Management: Failure in America? Success in England and Wales? *Civil Justice Quarterly*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 308-319.

GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*. São Paulo: Ed. Notadez, ano 51, n° 305, p. 61-99, 2003.

GREVLING, Katharine. CPR r 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Pres. s, 2009, p. 249-269.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile*: droit interne e droit comunitaire. 28 édition. Paris: Dalloz, 2008.

JACOB, (Sir) Jack I. H. *The Reforms of Civil Procedural Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982.

JOLOWICZ, John Anthony. *Jolowicz on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Eighth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish publishing, 2004.

MURPHY, Peter. *Murphy on evidence*. Eleventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 14th Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009.

PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 435-451.

PRINCE, Susan. ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral hole in the civil justice system in England and Wales? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 327- 340.

SAENGER, Ingo. Case Management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Gieseking-Verlag, 2009, p. 15-37.

SHIPMAN, Shirley. Alternative Dispute Resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 341-355.

TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

VALGUARNERA, Filippo. Le Riforme de processo civile in Norvegia: qualque riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXII, n.º 3, p. 885-912, 2008.

ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 417-433.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure*: essays on 'Acees to Justice'. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. *Zuckerman on Civil Procedure*: principles of practice. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.

_____. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 89-107.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

PROCESSO E (PÓS)MODERNIDADE: TRAÇOS INQUISITÓRIO-RACIONALISTAS NO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

Fernando Hoffmam

Especializando em Direito e Novas Tecnologias Informacionais pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, vinculado à UNIFRA e ao CNPQ.

Larissa Nunes Cavalheiro

Especializanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE-RS) e em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Advogada. Santa Maria – RS.

Valéria Ribas do Nascimento

Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilha; Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Professora de Direito Internacional Público e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Santo Ângelo); Advogada. Email: valribas@terra.com.br

Resumo: O presente artigo, num primeiro momento (subitens 1.1 e 1.2), busca retrilhar os caminhos que fundaram os modelos jurídico-filosóficos inquisitorial e racionalista, no que tange, respectivamente, ao processo penal e civil. Num segundo momento (subitens 2.1 e 2.2), buscou-se analisar os reflexos destes modelos no direito processual penal e civil pátrios, bem como sua incongruência com o que se espera de um processo constitucional(izado). Encerrando o trabalho (subiten, 2.3), buscou-se analisar os contornos

inquisitório-racionalistas do sistema processual brasileiro como um todo, sob a ótica da busca da verdade como ponto norteador deste sistema.

Resumen: En este artículo, en un primer momento (subtemas 1.1 y 1.2), se a buscado retrillar los caminos que fundaron los modelos inquisitivo y racionalista jurídico-filosófico, relativos, respectivamente, a los procedimientos civiles y penales. En una segunda fase (subtemas 2.1 y 2.2), hemos tratado de analizar los impactos de estos modelos en el derecho procesal civil y penal brasileño, así como su incompatibilidad con lo que se espera de un proceso constitucional (izado). Trabajos de acabado (subiten, 2.3), hemos tratado de analizar las características de la inquisitorial-racionalista sistema procesal brasileño en su conjunto, desde la perspectiva de buscar la verdad como punto de orientación de este sistema.

Palavras-chave: Direito Processual – Racional-Inquisitorialismo – Busca da Verdade – Constituição.

Palabras claves: Derecho Procesal – Racional-Inquisitorial – Búsqueda De La Verdad – Constitución.

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica passa por uma crise paradigmática, devido a não recepção pelo Direito do paradigma pós-moderno do Estado Democrático de Direito. Neste rumo faz-se atingido por tal crise o Direito Processual em seu conjunto, porquanto, tanto o Processo Penal quanto o Processo Civil continuam atualmente aprisionados pelo paradigma do inquisitorialismo e do racionalismo.

Dessa forma, quando se vive o neo-constitucionalismo em um Estado que prima pela garantia dos direitos fundamentais-sociais tais ranços da modernidade não se coadunam com este novo modelo estatal, de Direito e sobremodo de Processo, quando este possui como escopo principal a tutela e garantia dos direitos albergados constitucionalmente.

Diante desse contexto, o que se passa a elucidar no presente trabalho vai além da investigação das origens inquisitório-racionalistas do Direito Processual. Serão, sobretudo, constitucionalmente revistos os sistemas processuais, penal e civil, de tal modo que tais atendam às necessidades da sociedade complexa e de risco, a qual se pertence.

1. PROCESSO E MODERNIDADE: O MARCO INQUISITÓRIO-RACIONALISTA

O Direito Processual vêm desde o medievo marcado pela inquisitoriedade, marca indelével da Santa Inquisição, donde a persecução penal caracteriza-se pela busca da verdade, de forma que esta é imposta antecipadamente.

Tal característica se mantém em alguns aspectos do processo penal moderno. No entanto, soma-se a inquisitoriedade o paradigma moderno-racionalista, tratando a verdade buscada como uma verdade imutável e eterna, não afeita ao transcorrer do tempo e das mudanças sociais.

Tais características perduram até os dias atuais, sendo o processo em *terrae brasilis* ainda marcado pelo racionalismo e pelo modelo inquisitorial de persecução penal. No entanto, para que se investigue o que ainda hoje acontece, é necessário retrilhar os sinuosos caminhos que foram trilhados até a pós-modernidade. Assim, cumpre num primeiro momento analisar as bases inquisitório-racionalistas do sistema processual contemporâneo, o que passamos a fazer.

1.1 O processo inquisitorial medieval: do medievo à modernidade

Cabe de pronto, partir das bases originárias do modelo de persecução penal inquisitório, as quais remontam ao império romano. Na Roma republicana o modelo adotado era o acusatório advindo da experiência grega, no entanto, com a gradual transmutação ao Império, vai o sistema processual romano ganhando contornos inquisitoriais.[255]

> As primeiras manifestações do processo inquisitorial ocorreram na Roma Imperial, após a introdução dos delitos de *laesae maiestatis* (subversão e conjura), nos quais o ofendido era o soberano.
> Na Grécia e na Roma republicana, porém, o processo era fundamentalmente acusatório, dado o caráter privado da acusação (nos delitos nos quais o Estado não era ofendido/interessado) e a natureza arbitral do juízo.[256]

Neste passo, em verdade, apesar da já constatação de tal modelo na Roma imperial, o mesmo toma corpo somente no período medieval, com o começo da ascensão

[255] CARVALHO, Salo de. Revisita À Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 42, 2005. Disponível em: < http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5183>. Acesso em: 26 mar. 2009. p. 36.
[256] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.7.

burguesa e a debandada da população aos burgos. Assim, inicia-se a retomada do sistema inquisitorialista em meados do século XII. Neste rumo:

> Apesar de ser um sistema processual cujos primeiros vestígios apareceram no Império Romano, posteriormente desenvolvido pelo Direito canônico e recebido na legislação laica da Europa Ocidental através do fenômeno conhecido como 'recepção' do Direito romano-canônico, verifica-se que seu nascimento, desenvolvimento e, recepção foram o resultado da necessidade política concreta sustentar um poder político centralizado e vigoroso, cuja autoridade e fundamento não podiam ser discutidos (autoritarismo). Para isto foi necessário sobrepujar os interesses individuais e elevar a princípio o aforismo salus publica suprema lex est.[257]

Assim, o sistema inquisitório tem seu marco de retomada no âmbito da Igreja Católica no século XIII, com o IV Concílio de Latrão, embora, anteriormente, medidas já haviam sido tomadas no combate às doutrinas heréticas[258]. Nesta senda, já em 1199, Inocêncio III havia baixado a Bula (Vergentis in seniun), equiparando o crime de heresia ao crime de lesa majestade.

No entanto, a Santa Inquisição se fortalecerá a partir o *Constitio Excomuniamus* (1231) do Papa Gregório IX, estando assim institucionalizado o Tribunal da Inquisição. Por quanto, é com a bula *Ad extirpanda* de Inocêncio IV (1252), que tal "regime" adquire sua marca mais sombria e maléfica, pois a partir de tal documento se encontra institucionalizada a tortura, ganhando assim o aparato inquisitorial sua forma definitiva, em que, o réu nada mais é do que um objeto, do qual deve retirar-se algo inerente ao mesmo – a verdade.[259] Assim como refere Flores, "vigorava a intolerância em decorrência de uma concepção de "verdade absoluta" sustentada por uma metafísica religiosa. A doutrina católica era a única verdade admissível e os membros que a difundiam (Papa e Bispos) gozavam do privilégio da infalibilidade".[260]

---

[257] MAIER, Julio, apud, CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.7.

[258] Segundo Jacinto Coutinho, já em meados do século XII, a Igreja Católica passa a temer a perda do controle sobre as massas populacionais. A igreja via surgir posições contrarias as suas, que dominavam o mundo até então conhecido, tendo atribuído tal fenômeno ao surgimento das chamadas doutrinas heréticas. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido a contato via e-mail. p. 2-3.

[259] BIZZOTTO, Alexandre; EBERHARDT, Marcos; JOBIM, Augusto. *Sistema Acusatório*: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. Disponível em <http://www.ilecip.org/pdf/Ilecip.Rev.002-i04.pdf>. Acesso em: 5 out. 2009. p. 4.

[260] FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos Sobre Os Sistemas Processuais e a Incompatibilidade (Lógica) da Nova Redação do ART. 156 do Código de Processo Penal com o Sistema Acusatório. *Revista de*

Neste momento, vê-se presente marca indelével não só da Santa Inquisição, bem como, do Sistema Processual Inquisitorial, a figura da verdade como algo absoluto, petrificado historicamente, imutável. Assim, consistia no trabalho do inquisidor a partir de uma verdade pré-estabelecida e contra-fática, apenas lançar-se atrás da materialização desta, como uma "verdade real", atingida através da confissão do réu. Este, mesmo não sabendo, havia cometido o crime de heresia e tal devia confessar para que obtivesse a libertação purificação de seus pecados.[261] Nesta maré:

> A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.
> Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.[262]

Desta forma, apenas em meados do século XVII, tem-se o que Salo de Carvalho denominará "declínio do sistema inquisitorial confessional". Nas palavras de eminente processualista inicia-se tal processo com o questionamento de algumas das verdades imposta pela Igreja Católica, com a recepção do denominado discurso médico, pelo qual desmistifica-se a causalidade demoníaca de inúmeras enfermidades, "impulsionando um movimento de ruptura com o sistema penal medieval".[263]

Tal movimento de ruptura segue com a edição da *Ordonnance Criminelle* de 1670 que entre outras medidas, restringe o uso da tortura como instrumento para se obter a prova – confissão. No entanto, é a *Ordonnance Criminelle* de 1682 que marca o esvaziamento do

---

Crítica Jurídica. Vol. 2, 2009. Disponível em: <http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/revista2/RCJ2Marcelo.pdf>. Acesso em: 28 Set. 2009. p. 23.

[261] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido a contato via e-mail. p. 6.

[262] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido a contato via e-mail. p. 6.

[263] CARVALHO, Salo de. Revisita À Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 42, 2005. Disponível em: < http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5183> . Acesso em: 26 mar. 2009. p. 44-45.

conceito de heresia, deixando-se de tipificar o crime de Lesa Majestade Divina, tipificando novas formas de ilicitude.[264]

No entanto será no século XIX, que se verá um pretenso abandono do modelo inquisitório de processo com o *Code d'instruction criminelle* – Código Napoleônico. Diz-se pretenso, pois se insere no iter processual uma fase eminentemente acusatória, oral, pública e adversativa. Porém, dava-se esta, após uma fase inquisitiva escrita, secreta, dominada pela acusação pública, excluída a participação do imputado e de sua defesa.[265]

Surgem assim, os chamados sistemas mistos de processo penal, que em verdade não passam de uma balela inquisitorialista. norteados pelo inquisitório em sua fase instrutória e, maquiados acusatorialmente em uma fase posterior sem importância alguma, além de proporcionar um espetáculo pretensamente acusatório de partes equivalentes. Como bem refere Coutinho, os ditos sistemas mistos partem de um princípio unificador de todo o sistema processual, onde este "será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório". Assim, não tem lugar por óbvio um princípio misto e logo um sistema misto.[266]

Assim, neste momento, cabe referir o que, vivencia-se em *terrae brasilis* hoje. Pois a cultura processual brasileira esta atrelada a um sistema eminentemente inquisitorial em seu âmago, haja vista, a fase instrutória inquisitorial pelo qual é regido o processo pátrio. Para este, o juiz deve ser o gestor da prova, podendo o mesmo buscá-la plenipotenciariamente quando considerar necessário.

Nesta senda, conforme Coutinho, o que caracteriza o sistema processual penal adotado, tendo em vista, caracterizar seu principio unificador é a gestão da prova, referindo que, "faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes como no Sistema Acusatório".[267]

---

[264] CARVALHO, Salo de. Revisita À Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR.* Vol. 42, 2005. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32639/31847> . Acesso em: 26 mar. 2009. p. 48-49.

[265] BIZZOTTO, Alexandre; EBERHARDT, Marcos; JOBIM, Augusto. *Sistema Acusatório*: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. Disponível em < http://www.ilecip.org/pdf/Ilecip.Rev.002-i04.pdf> Acesso em: 5 out. 2009. p. 6-7.

[266] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido a contato via e-mail. p 13.

[267] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido à contato via e-mail. p. 14.

Portanto, é evidente estar o sistema processual brasileiro marcado por um ranço inquisitorialista, presente claramente em dispositivos legais, por exemplo, de nosso Código de Processo Penal – o que será tratado adiante.

Não apenas inquisitória é esta herança nefasta em nosso sistema processual, mas racionalista, estando o processo impregnado por uma racionalidade alienante, a-histórica, que, traz contornos de eternidade ao processo e suas "verdades".

1.2 A filosofia do racionalismo do Século XVIII e seus reflexos no Direito Processual

A filosofia racionalista advém do aparato estatal liberal, trazida à tona pelas reformas oriundas do liberalismo, tal qual, o renascimento, o homem passar a ser visto como centro das questões, a vida mundana ganhando mais importância do que o divino – divinizado pela Igreja Católica –, a substituição da Igreja pelo Estado, entre tantas outras não abordadas no presente trabalho.

Tais mudanças no *status quo* pré-moderno, não ficam limitadas apenas ao contexto político – ao modelo de Estado –, ademais, são decorrentes de uma modificação da textura sócio-econômica neste momento histórico. A consolidação do ideário burguês exige bem mais do que um Estado de liberalismo econômico, exige sim, uma guinada completa na visão de mundo, de forma que determine além do liberalismo econômico, a desestratificação das entidades sociais e um modelo de Estado mínimo entendido como não interventor.[268] Neste caminho:

> O liberal-individualismo, enquanto "princípio fundamental" que surge frente às condições materiais emergentes e às novas relações sociais, tornou-se uma proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia.
> O individualismo como expressão da moralidade social burguesa enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; faz do ser individual um "valor absoluto". Nesta dinâmica histórica, a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade

[268] WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante. *Revista Seqüência*. Nº50, 2005. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/viewFile/1268/1264>. Acesso em: 20 mar. 2009. sp.

> individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais [....].[269]

No entanto, para se falar na crise por qual passa o direito processual – ainda assentado no paradigma moderno-racionalista – é importantíssimo falar que, em se tratando de processo civil, tal crise remonta à tradição romano-canônica. Neste passo, ainda nos dias atuais, está a atividade jurisdicional em terras brasileiras baseada na ordinariedade, na cognição exauriente e na mera declaração – por parte do juiz – de uma verdade que surge ao fim do processo de conhecimento – neste ponto, já pode notar-se a presença de algo que se pode denominar de um racional-inquisitorialismo que busca "verdades" e não realização de direitos.

Se faz mister ao referir a tradição romano-canônica, deixar claro que faz-se referência ao período imperial romano e, sobremodo, ao tempo de Justiniano em que o magistrado não mais tinha poder de *imperium*, mas tão só a mera função burocrática de declarar o Direito que estava posto pelo *Corpus Juris Civilis* de Justiniano que detinha todas as "respostas" aos conflitos postos pela sociedade à época[270].

Neste passo na Roma republicana a *jurisdictio* era outra, tinha está capacidade criativa, legislando para o caso concreto e possibilitando um sentido de vinculatividade entre os litigantes no concernente à decisão dada ao caso pelo *praetor*[271]. Deste modo, tinha-se uma jurisdição efetiva, com poder de *imperium* e capaz de ordenar às partes que cumprissem o direito referente ao caso concreto.

Desta forma, vislumbra-se claro que a jurisdição herdada pelo Estado Liberal – a qual ainda está atrelada a função jurisdicional em *terrae brasilis* – é a *jurisdictio* dos idos imperiais romanos[272]. Quando se adentra a modernidade, o Direito passa a ser produzido

---

[269] WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e Instituições na Modernidade Jurídica. *Revista Seqüência*. Nº30, 1995. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25817/25380>. Acesso em: 20 mar. 2009. sp.

[270] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm>. Acesso em 18 set. 2010.sp.

[271] ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do Racionalismo no Processo Civil Enquanto Condição de Possibilidade Para a Construção das Tutelas Preventivas :* um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?). São Leopoldo: UNISINOS, 2008, 305 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 153.

[272] Ovídio Baptista da Silva destaca que a jurisdição moderna não guarda semelhanças com o conceito de jurisdição do período clássico romano, mas sim com o período final do Império romano – período dos imperadores – e ao referir tal tempo, diz que este é marcado pela publicização do processo – da jurisdição. Esta publicização em verdade como refere tal doutrinador, tem o sentido de estatização da atividade

pelo soberano que assim como Justiniano, confere ás codificações modernas ares de eternidade e infalibilidade.

> Enquanto a iurisdictio, não obstante ser uma autêntica expressão do imperium romano, mantinha-se desligada das funções estatais, a jurisdição moderna tornou-se uma função do Estado, ou, melhor dizendo, um instrumento do Estado e, em nosso direito, mais acentuadamente que no sistema do common law, um serviço público, medularmente comprometido com seus interesses.[273]

Deste modo, a jurisdição liberal bebe nas fontes antigas, guardando proximidade com a *jurisdictio* justiniana, estatizando a função jurisdicional e, transformando o magistrado em um burocrata a serviço do liberalismo – nos tempos idos de Roma, a serviço do Imperador[274]. Logo, a jurisdição na modernidade estava alicerçada sobre o paradigma moderno-racionalista, bem como, sobre uma dogmática acrítica que não admitia a interpretação da norma, mas somente a sua aplicação[275]. Com efeito:

> Essa substituição da *jurisdictio* pretoriana, enquanto fonte do direito, pelos textos romanos representou a passagem do direito do caso à justiça da lei (imposta pelo soberano): aquele cedeu lugar a esta. Exatamente por isso, a ciência jurídica vai assumir a justiça não como algo a ser desvelado pelo juiz, mas ao contrário, como algo a ser dado pelo legislador. O direito, na concepção moderna, apresenta-se não como uma criação do caso, mas como algo pré-dado, imposto pelo Estado. Perdeu-se, assim, o sentido da *jurisdictio* ao longo do processo de monopolização da produção do direito pelo Estado.[276]

Neste passo, forjou-se toda uma processualística civil preocupada apenas em revelar o sentido unívoco da norma – posta pelo legislador – cabendo ao direito processual

jurisdicional onde passa a jurisdição, a ser uma mera função estatal. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. Passim.

[273] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A** *Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm>. Acesso em 18 set. 2010. sp.

[274] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Passim.

[275] LUCAS, Doglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 179 - 180

[276] ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do Racionalismo no Processo Civil Enquanto Condição de Possibilidade Para a Construção das Tutelas Preventivas :* um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?). São Leopoldo: UNISINOS, 2008, 305 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 154.

não mais do que jurisdicionalizar o que está posto pelo Estado. Assim, assenta-se sobre tais pilares, uma *modus operandi* jurídico silogístico e uma jurisdição acéfala, incapaz de prover qualquer direito que não o posto aprioristicamente pelo legislador. Forma-se ai, um aparato jurisdicional descompromissado com o social, com as transformações de mundo e preocupado apenas em dar salvaguarda ao sistema liberal-individualista – tratando-se de modernidade. Neste passo:

> A jurisdição liberal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem política e econômica liberal. Sua tradição jurídica forjou uma instrumentalidade e uma teoria fechada em si mesma, suficientemente hermética para excluir do debate e da aplicação jurídicas qualquer matéria não contemplada previamente pelo ordenamento jurídico. Os limites políticos da jurisdição são também os limites da dogmática jurídica liberal que, para garantir a todo custo, a segurança jurídica, reduziu-se a uma burocracia simplista e orientou sua atuação para viabilizar os direitos e liberdades individuais contra a intervenção estatal.[277]

Assim, embora já em meados do século XX, Giuseppe Chiovenda apresenta-nos a atividade jurisdicional como uma mera função burocrático-estatal, donde cumpre ao magistrado atuar na vontade concreta da lei[278]. Neste rumo ainda Carnelutti para o qual o juiz é a voz da lei meramente declarando para o caso concreto o que o Direito – codificado – objetivamente prescreveu[279]. E, muito embora encontremo-nos em meio a um novo paradigma jurídico-estatal, ainda hoje, parte da processualística pátria remonta os conceitos de tutela jurisdicional à estes – supracitados – já corroídos pelo tempo e pelas idéias.

Logo, esta jurisdição não mais que declaratória contamina ainda hoje o Processo Civil brasileiro, sobremodo, o processo de conhecimento – reduto inconteste da nefasta herança romano-canônica e liberal –, no qual o magistrado apenas após ter percorrido todo

[277] LUCAS, Doglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 178.
[278] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil Volume II*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 7-10.
[279] CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Direito Processual Civil Volume I*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 221-224.

o *iter* processual terá capacidade de sentenciar, descortinando assim o vontade da lei e desta forma chegando ao juízo de certeza decorrente da verdade dos fatos[280].

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, é por meio do processo de conhecimento – processo tão somente declaratório – tendo por característica a ordinariedade, que o sistema retira do intérprete – magistrado – o poder de *imperium* do qual se valia para "fazer" lei ao caso concreto o pretor romano. Sendo assim, apenas após percorrer todo o caminho processual é que, o magistrado, será capaz de revelar a vontade da lei, podendo daí sim julgar a demanda a partir da formação de um juízo de certeza e sentenciar por óbvio uma "verdade" descoberta por meio da cognição exauriente[281].

Logo, por ser o processo compromissado com o tempo e com a história – historicidade – está a prática processual civil em *terrae brasilis* defasada, pois ainda presa à visão de ciência hermeticamente fechada ao mundo do ser e, despreocupada com as modificações na textura social, sofridas de acordo com a ação do tempo. Assim, o Direito Processual segue compromissado com o racionalismo liberal, que o limitou a ser mera ciência demonstrativa, jamais afeita a interpretações, mas sim, devendo o julgador, apenas subsumir o fato à norma, sempre justa e livre de lacunas interpretativas.[282]

Deste modo, traçados os contornos inquisitório-racionalistas de nosso sistema processual penal e civil respectivamente. Passa-se então a buscar a compreensão acerca de tais resquícios e, suas semelhanças sistemáticas, bem como, as conseqüências deste aprisionamento aos antigos modelos jurídico-epistemológicos, em um mundo jurídico regido por outro paradigma, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

2 DIREITO PROCESSUAL NA PÓS-MODERNIDADE: O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL(IZADO) *VERSUS* O MODELO INQUISITÓRIO-RACIONALISTA

[280] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Passim.
[281] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27.
[282] ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do Racionalismo no Processo Civil Enquanto Condição de Possibilidade Para a Construção das Tutelas Preventivas :* um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?). São Leopoldo: UNISINOS, 2008, 305 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 156-158.

De tal modo, o pensamento jurídico contemporâneo adentra esta nova quadra da história ainda amarrado aos paradigmas oitocentistas-medievais, paradigmas estes, que não se compatibilizam com o *plus* normativo propiciado pelo Estado Democrático de Direito e pelo neo-constitucionalismo que o institucionalizou. Pois nesta nova era de proteção, concretização e garantia dos direitos humano-fundamentais, não vislumbram-se mais coerentes com os regimes totalitários dos séculos passados.

Assim, cabe, reler-se o processo constitucionalmente, com os olhos voltados para o futuro e para a concretização dos Direitos Humano-Fundamentais albergados na Constituição de 1988, buscando-se uma jurisdição constitucional(izada) capaz de concretizar direitos e proteger os sujeitos jurídico-sociais de possíveis excessos estatais.

2.1 Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional: resquícios inquisitório-racionalistas no processo penal contemporâneo em *terrae brasilis*

Passa-se a examinar a situação de incongruência vivida em *terrae brasilis,* haja vista, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 estar o Direito Processual pátrio atrelado aos paradigmas da (pré)modernidade. Desta forma, vislumbra-se um Código de Processo Penal – mais especificamente – com claros ranços inquisitoriais, logo, inconstitucional.

Tal situação – de inconstitucionalidade – quando se fixa o olhar sobre o Processo Penal nos parece gravíssima, por estar este ligado a um dos bens maiores do ser humano, qual seja a liberdade. Sendo assim, foi desta forma que o constituinte brasileiro pensou a Carta constitucional de 1988 de modo a conceder aos sujeitos de direito todas as garantias para um devido processo penal, baseado em garantias processuais-constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc. Por isso, segundo Barroso:

> O Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro por meio do qual se deve ler todo o Direito infraconstitucional [...].[283]

[283] BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Org). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

Assim, o constituinte de 1988 criou um texto constitucional eminentemente garantista preocupado com a implementação e proteção dos direitos e garantias individuais, com evidente teor Acusatório – no que se refere mais especificamente ao Direito Processual Penal. Nesta maré, deveria o legislador infraconstitucional ter (re)adequado o Código de Processo Penal de 1941 aos novos ares trazidos pela Constituição de 1988. No entanto, isto não ocorreu. Assim, qualquer texto normativo ou até mesmo uma nova política criminal que não leve em conta os preceitos constitucionais, não se coaduna com os ditames de um Estado Democrático de Direito.[284] Então:

> Só se pode conceber o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito a partir de uma ordem axiológica de princípios fundamentais, cuja função é orientar o legislador na edição de leis infraconstitucionais e os intérpretes na aplicação dessas leis, a fim de que toda a ordem jurídica tenha a formatação definida pelo sistema de princípios.[285]

Desta forma, vislumbra-se a notória e gravíssima inconstitucionalidade de diversos dispositivos do CPP/1941 – Art. 156[286], Art. 196[287], Art. 198[288], Art. 260[289], Art. 385[290],

[284] PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26.
[285] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94.
[286] O Art. 156 refere-se á atividade instrutória do Juiz propriamente dita, matéria a qual será tratada mais adiante no presente trabalho.
[287] Tal dispositivo alude a possibilidade de o magistrado a qualquer tempo mesmo que de ofício possa novamente interrogar o acusado, de maneira, que para o acusado passa a ser o interrogatório – que deveria ser instrumento de defesa do mesmo – importante instrumento de persecução da busca da "verdade real" por parte do Estado punitivo. THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 305.
[288] O Artigo referido, embora, não estabeleça que o silêncio do acusado deva ser tratado como confissão, possibilita claramente ao magistrado a possibilidade de no sopesar a carga probatória de tal ato, considerar intimamente que o acusado cala por estar escondendo a "verdade material" buscada pelo sistema. Tal deve-se ao fundamento inquisitivo da lei processual penal, haja vista, estar desenvolvido no magistrado brasileiro ao buscar de qualquer forma a verdade o "quadro mental paranóico" descrito por Franco Cordero como peculiar aos magistrados investidos de poderes inquisitivo-persecutórios. CORDERO, Franco, apud, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Direito Processual Penal. In: COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica À Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.
[289] O Art. 260 do CPP é mais um exemplo de que o interrogatório não é tratado pelo legislador pátrio como meio de defesa do acusado, mas sim, meio de produção de prova para a acusação. O aludido dispositivo determina que, o magistrado poderá ordenar a condução do acusado ao interrogatório, pois o mesmo é obrigado a comparecer. Ora, o não comparecimento do acusado em tal ato processual, em um sistema penal acusatório albergado por um modelo constitucional garantista, significa que o acusado esta se utilizando de seu direito ao silêncio, e fazendo do interrogatório meio de defesa. THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 306.

etc. – pois tais não receberam a devida (re)leitura constitucional, com isso não sendo recepcionados no âmago da Constituição de 1988.

Neste rumo, cabe tratar-se adiante da inconstitucionalidade do Art. 156. Cabe referir de pronto, que optou-se por tratar de tal dispositivo separadamente dos demais, por residir na redação do Art. 156 o principio unificador do Sistema Processual Penal adotado pela legislação infraconstitucional brasileira – leia-se CPP/1941. Faz-se tal afirmativa, por ser a gestão da prova e a quem esta pertence o que caracteriza sobre maneira a escolha feita, se por um sistema, constitucionalmente adequado a um país que esta sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou, por um sistema construído inquisitorialmente sobre as bases de um Estado autoritário, totalitário, e, que suprime, direitos e garantias individuais.[291]

Mesmo, a Constituição de 1988 em seu Art. 129, I, fazendo opção por um Sistema Processual Penal de índole acusatória, ao delegar ao Ministério Público (MP) a função de acusador, vem de encontro o Art. 156 do Código de Processo Penal, optando pelo Princípio Inquisitivo como fonte do Sistema Processual Penal brasileiro. Logo, passa o Juiz a concentrar em si, a função de julgador e acusador, deixando assim de ser um terceiro imparcial e passando a ocupar o lugar de parte – apenas para acusar – pois a sua tão sonhada "verdade real" já foi concebida, devendo agora o julgador-acusador perquirir as provas que a fundamentem.[292]

É evidente que tal prática não se harmoniza com o paradigma jurídico-constitucional instituído pelo Estado Democrático de Direito. Este, além de consubstanciar um sistema jurídico-processual acusatório, consolida a instituição de tal modelo em *terrae brasilis*, consubstancia, a instituição de um modelo Penal-Constitucional garantista, que prima pela não violação aos direitos humano-fundamentais. Assim, está se assegurando os

[290] Este dispositivo legal assim como o já referido Art. 196, de certa forma, refere-se á atividade instrutória do juiz, logo, a possibilidade figurar como acusador ao invés de julgador imparcial em dado momento do processo/procedimento. Não resta dúvida que um magistrado que pode condenar mesmo contra a vontade do órgão acusador – Ministério Público –, é um magistrado dotado de poderes da mais nefasta origem, qual seja, o Sistema Inquisitório.

[291] JOBIM, Augusto; STUTZBECHER, Thaís Rodrigues. *O Poder de Gestão da Prova Pelo Magistrado Frente Ao Sistema Acusatório*. Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/pesquisas/2009/artigos/direito/salao/499.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2009. p. 3-4.

[292] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução Aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº. 30, 1998. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 7 mar. 2010. p. 166.

direitos e garantias individuais, alicerçados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deverá fundar todo o ordenamento jurídico deste país.[293]

Neste caminho, tem-se um Direito infraconstitucional desconstitucionalizado, e, um processo penal persecutor de ilusões – verdade real, segurança jurídica, pacificação social –, não preocupado em garantir a concretude dos direitos humano-fundamentais, já garantidos abstratamente na Carta Constitucional de 1988. Nesta maré, se não se fizer a devida (re)leitura constitucional do CPP/1941, ter-se-á em terras brasileiras um sistema processual penal em descompasso com o sistema constitucional. Nesse contexto:

> Sem um novo Código de Processo Penal, inspirado pelas conquistas da Constituição Federal/88, não se pode falar em sistema acusatório no Brasil. O sistema vigente e idolatrado pelos conservadores é nitidamente inquisitório; talvez pudesse ser rotulado de inquisitório misto, ou de inquisitório moderado, ou inquisitório reformado, por admitir vários direitos ao réu, mas jamais pode ser considerado um modelo acusatório ou garantista.[294]

Dando seguimento, tratar-se-á dos resquícios inquisitório-racionalista atinentes ao Processo Civil. Deixando-se claro que para este trabalho, Processo Civil e Penal, não são o mesmo, nem se originam de uma Teoria Geral do Processo. O que, busca-se no trabalho, é refletir sobre alguns pontos comuns entre estes dois ramos do Direito Processual, que por óbvio, são diferentes.

2.2 Direito Processual Civil face ao Estado Democrático de Direito e sua incongruência com o modelo inquisitório-racionalista

O modelo jurisdicional do *ancien regime* preocupava-se com os direitos do indivíduo, ou seja, em resolver conflitos individuais de direitos, bem como, em manter e consolidar o estado de liberalismo econômico. Era dever do Judiciário a defesa da

[293] ROSA, Alexandre Morais da. *O Juiz Garantista e a Execução Penal*: por uma racionalidade Conseqüencialista (MacCormick). Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18282/public/18282-18283-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 set. 2009. p. 2-4.
[294] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264.

propriedade privada, da liberdade contratual, de garantir o livre comércio e o desenvolvimento industrial, pilares vitais para ascensão e para a consolidação burguesa.[295]

Nesta senda, nota-se clara a incongruência entre o novo paradigma democrático e a racionalidade processual civil brasileira, ainda enraizada no modelo jurisdicional racionalista e dogmático-positivista. Neste momento, cabe um processo abarcado por uma teoria processual-constitucional, passando a jurisdição ao grau de jurisdição constitucional(izada) em amplo expectro, não sendo mais possível os dualismos metafísicos da modernidade originários por exemplo da cisão jurisdição ordinária/jurisdição constitucional – o que não condiz com uma teoria jurídico-processual ancorada no novo paradigma.[296]

Tal concepção de processo, e sobremodo de modelo jurisdicional, reflete-se na incapacidade de resolução dos conflitos oriundos da nova complexidade social em *terrae brasilis*. Pois, mesmo em meio ao paradigma neo-constitucionalista, a jurisdição pátria não foi abarcada pela carta constitucional de 1988. Eis a causa da grande dificuldade no constituir uma verdadeira jurisdição constitucional(izada), ou seja, "jurisdição de um Estado Democrático de Direito, o que implica em uma nova compreensão do fenômeno jurisdicional"[297], capaz de concretizar e garantir direitos. Neste passo:

> [...] está-se ante uma transformação suposta pela própria ordem constitucional pátria, considere-se, como aqui se supõe, que o ambiente da jurisdição não fica imune ao que marca a fórmula constitucional da democracia no Brasil (re)inaugurado em 1988. Ou seja: não se pode pensar a jurisdição como um espaço alheio às mudanças paradigmáticas do processo democrático.[298]

No entanto, não é o que se vê. Não só aprisionado pelo racionalismo está o modelo processual civil brasileiro, como também, caracterizado pelo inquisitorialismo afeito a pré-modernidade/modernidade. Assim como no Processo Penal, aqui, o juiz poderá de oficio

[295] ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46-47.
[296] LUCAS, Doglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 179 - 180.
[297] HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 292.
[298] MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). *Constituição e Processo:* A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.124.

determinar as provas necessárias à instrução do processo – Art. 130 do CPC – sendo referido artigo "o dispositivo mestre que dá a linha de conduta judicial, de todo o sistema probatório no processo civil brasileiro. E nele se vê clara a principal característica do princípio inquisitório: prevalência da atividade do juiz sobre a atividade da parte"[299].

Desta forma, resta clara a inconformidade não só do sistema processual penal, como também do sistema processual civil com a ordem constitucional vigente, ordem esta, consubstanciada na concretização e garantia de direitos e, não mais, na supressão dos mesmos. O Estado constitucional brasileiro deve sim, materializar as promessas incumpridas da modernidade, tendo a tutela jurisdicional como importante meio para tal materialização dos direitos humano-fundamentais. Com efeito:

> A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito [...]. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.[300]

Assim, cumpre no momento atual relacionar Processo e Constituição, materializando o texto constitucional. O Direito Processual passa por uma materialização através da constitucionalização de suas diretrizes basilares, ao mesmo tempo em que o Direito Constitucional reconhece a importância do processo/procedimento para a materialização/concretização destes novos direitos, albergados na Carta Magna.[301] Assim:

> [...] no intuito de um constituir da sociedade, a jurisdição passa a ser a verdadeira condição de possibilidade para a implementação da chamada questão social, no interior da qual ao direito assume um novo papel transformador, superando o próprio modelo de Estado

[299] PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206.
[300] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.
[301] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: RCS, 2007, p. 16.

> Social. E isso será realizado a partir da participação do Judiciário na concretização dos anseios da sociedade [...][302]

Neste talante, deve o sistema jurídico brasileiro, encontrar-se com um novo sistema processual civil, ademais, um novo sistema jurisdicional, donde a jurisdição seja concebida de acordo com o paradigma da pós-modernidade. Deste modo, a atividade jurisdicional deverá preocupar-se com o mundo da vida, e com a possibilidade de "dando"[303] significado aos fatos – sentido aos textos –, clarificar respostas adequadas no caminho para a efetividade do dizer constitucional.[304]

Cabe agora, tratar-se da questão da busca da verdade real/material, questão esta, inerente a ambos os sistemas processuais, embora, para parte da doutrina, de forma mitigada no que tange ao Processo Civil, o que será discutido mais profundamente adiante.

2.3 Semelhanças processuais em sistemas diferentes: a busca da verdade no direito processual contemporâneo

Seguindo caminho, o Direito Processual está centrado no "mito"[305] da "verdade real", verdade esta, que deve ser buscada pelo magistrado e, alcançada no momento da sentença, como se o intérprete tivesse o poder de desvelar ao longo do iter processual a verdade dos fatos levados a juízo, devendo proclamá-la ao final como absoluta. Eis ai já, os

[302] ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 50.

[303] Este "dar sentido" ao texto, de modo algum quer dizer que intérprete apoderar-se-á do texto atribuindo-lhe o significado que bem entende. Este "dar sentido" ocorre a partir das possibilidades hermenêuticas, donde intérprete e texto significam e são significados, ambos dizendo algo um ao outro. STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p.131. Neste rumo: "a partir de sua situação hermenêutica, e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão, o intérprete produzirá este sentido. É evidente que ele não é livre para dizer o "sentido que melhor lhe aprouver", o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofística. O sentido necessariamente exsurgirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico, isto é, no seu "sentido ontológico-existencial", e não meramente "ôntico-existencial". HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

[304] ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 53-55.

[305] O termo mito aqui, é empregado no sentido dado por Warat, visto assim como um "conjunto de conceitos dado à eternidade a fim de criar uma realidade fantasiosa, totalizadora e vinculativa de toda a prática político-social, de modo á esvaziar o real e pacificar as consciências". WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p.104. Assim, a "verdade real" enquanto mito cria uma idéia de segurança – jurídico-processual – ideal que em verdade é intangível, devido ao processo lidar com fatos trazidos por ambas as partes como se verdade fossem, não cabendo ao intérprete buscar a verdade de tais fatos, mas sim o significado dos mesmos. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e Significado*.
Disponível em: <http//www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em: 18 set. 2008. sp.

contornos da ideologia da ordinariedade – bem como da inquisitorialidade –, produtora de respostas absolutas baseadas em juízos de certeza, assentada nas promessas falsas do Estado Liberal – verdade real, segurança jurídica, pacificação social, etc.[306]

No processo civil, diz-se viger o princípio da busca da verdade "formal", ou seja, que o juiz pode contentar-se em achar uma verdade meramente formal, uma quase verdade. No entanto, temos por pilar do sistema processual brasileiro o processo de conhecimento, ordinário, e dotado dos mais diversos aparatos para que o juiz ao fim de um longo e tortuoso caminho chegue sim à verdade real. Assim, Galeno Lacerda dirá que "há muito está superada na doutrina e na jurisprudência a tese da verdade ficta. O processo, inclusive o civil, destina-se à busca e conhecimento da verdade real, como instrumento de realização da justiça"[307].

Tal questão vislumbra-se com maior exatidão, a partir da possibilidade de o juiz na jurisdição civil – assim como na penal – ordenar a colheita de provas ex oficio – o que já foi referido anteriormente. Pois assim, além de glorificar-se a busca racionalista por verdades eternas em ambos os processos – penal e civil –, está-se dando azo à "paranóia"[308] inquisitorialista que, obriga o magistrado a verdadeiramente "caçar" uma verdade posta *ex ante*, seja pela devida ou indevida – quando ordenada de próprio punho pelo juiz – produção probatória ou até mesmo por recursos nefastos como a tortura.[309]

Entretanto, – o que, discorda-se neste trabalho –, para alguns processualistas apenas o processo penal é construído dogmaticamente sobre o mito da verdade. Deste modo, resta ao processo civil como já referido, o não menos, mito da verdade formal[310]. Neste relevo, opinam Grinover, Dinamarco e Cintra, para os quais o juiz no processo civil, pode contentar-se com a verdade formal na maioria dos casos, por versarem estes, sobre direitos disponíveis. Enquanto no processo penal, apenas em caráter de excepcionalidade poderá o

[306] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182.
[307] LACERDA,Galeno, apud, PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 199.
[308] O presente termo aqui, é utilizado no sentido empregado por Franco Cordero ao dizer que o magistrado no sistema inquisitorial desenvolve verdadeiro quadro – psíquico – paranóico. Onde, obnubilado por tal "sintoma", fica obstinado na busca de uma verdade que ele próprio já concebeu como única e infalível, devendo apenas esta tal verdade ser desvelada no âmbito da confissão, ou, a partir de uma colheita de provas mais robusta apta a revelar esta verdade na sentença. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Direito Processual Penal. In: COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica À Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27-32.
[309] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Passim.
[310] THUMS, Gilberto. O Mito Sobre A Verdade e os Sistemas Processuais. In: JÚNIOR, Ney Fayet (Org). *Ensaios Penais Em Homenagem Ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 325.

magistrado se satisfazer com a verdade formal, devendo antes utilizar-se de todos os meios disponíveis na persecução da verdade real/material.[311]

Tal busca incessante é marca indelével da jurisdição liberal, alicerçada sobre os pilares da certeza, donde o magistrado em nome da segurança jurídica – burguesa – devia apenas subsumir o fato a norma e chegar assim à verdade, cristalina, segura e eterna. Deste modo, vislumbra-se claro o aprisionamento do sistema processual brasileiro ao paradigma moderno-racionalista, que tentou fazer do direito uma ciência exata, tão demonstrativa quanto as matemáticas e, que, em resolvida a equação, o resultado obtido seria a verdade.[312] Neste prumo:

> Destarte, a primeira e mais óbvia decorrência para a ciência processual do ideário racional foi a supervalorização da problemática da segurança jurídica, alçada ao "status" de preocupação exclusiva do sistema processual. Afinal, a meta do racionalismo não era outra, senão alcançar a verdade e a certeza através dos prodígios de uma razão indefectível.[313]

Desta maneira, vê-se nítido, que o dever do magistrado seria o de através do processo, e mais ainda, do aparato probatório trazido para o mesmo pelas partes ou pelo próprio jungador – note-se a presença da atividade instrutória do juiz, tipicamente inquisitorial –, buscar com exatidão a reconstrução dos fatos passados, fazendo-os materializarem-se como verdades sólidas e indiscutíveis. No entanto, tal tarefa hercúlea, nota-se inatingível, pois o direito processual lida com "verdades" aparentes e conflitantes, com fatos que aconteceram no passado e que jamais poderão ser recriados com a exatidão matemática pretendida. Com efeito:

> Não se trata de construir, mas de reconstruir um tempo passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade real. É o absurdo de equiparar o

[311] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.
[312] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69-78.
[313] RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A Superação do Paradigma Racionalista Como Pressuposto Para A Concretização do Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva: uma analise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. *Revista Direito e Política*. Vol. 3, 2008. Disponível em: <http://www.univali.br/modules/system/stdreq.aspx?P=2581&VID=default&SID=275649710881384&S=1&A=closeall&C=33086>. Acesso em: 15 mar. 2010.

> real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, e que por isso, jamais será real.[314]

Ainda assim, dirá Dinamarco, que "o grande significado técnico da evolução dos sistemas processuais neste século trouxe a tônica de aperfeiçoar a busca da verdade"[315]. Logo, por tal motivo, é o processo de conhecimento – a ordinariedade – a cognição exauriente, e o inquisitório, a regra do sistema processual pátrio[316]. O magistrado ocupado em produzir uma sentença juridicamente segura, deve exaurir todo o leque probatório – até mesmo ordenando provas de oficio quando considerar pertinente – analisar detidamente todos os fatos acontecidos mundanamente, e somente ai, ao final de alongado processo/procedimento decidir, o que enfim tem-se como verdade.

Neste talante, o juiz/intérprete trabalha(ria) com o verídico, mas ainda assim, não como se existisse uma categoria mais pura deste, qual seja, a verdade material, deveria – poderia – sim, trabalhar com a pressuposição do que é verdade nos fatos pretéritos reconstruídos probatoriamente. O magistrado sempre fará um juízo de verdade, mas esta, não precisa ser a única possível, mas sim a que foi possível mediante a compreensão dos fatos apresentados e o significado destes na tarefa interpretativa[317]. Deste modo:

> Todo o juiz, assim, "procura a verdade", e a desvela a partir de uma situação que possa lhe dar uma certa "tranqüilidade" para decidir. Quando o juiz concede a liminar, ele tem certeza de que deve concedê-la. Quando o juiz sentencia, ele tem certeza que está julgando conforme a verdade estabelecida pela situação, isto é, ele supõe que desvelou, que descobriu o ser do ente. Não há como formular "graus de verdade" ou de "aproximação de verdade". É a situação que estabelece a verdade.[318]

Logo – na opinião dos autores deste –, o que é mais afeito ao mundo do processo, é a noção de probabilidade acerca dos fatos trazidos pelas partes, devendo o magistrado buscar o desvelamento de seus significados enquanto fatos jurídico-sociais. Assim, o

---

[314] JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica Ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 262.
[315] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 274-275.
[316] ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p.38.
[317] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e Significado*.
Disponível em: <http//www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em: 18 set. 2008. sp.
[318] HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297.

processualista deverá compreender o fato processual, hermenêuticamente[319], enquanto inserido na tarefa interpretativa. Neste rumo:

> A palavra "probabilidade" é preferível seja quanto ao uso das expressões verdade material ou formal, seja quanto ao uso da palavra verossimilhança ou fumaça do bom direito, pois é com a probabilidade, ou a verdade pressuposta, que o jurista trabalha. O julgador não (pode) transforma(r) a verdade no fim do processo. É imprescindível que se diligencie a fim de atingir um "grau de probabilidade", o que não significa "grau de verdade". Nesse aspecto, a prova do processo pode deteminar a alteração da situação hermenêutica, do horizonte de sentido, mas não o grau de verdade, pois cada situação, seja a do inicio do processo, seja a do fim, tem a sua "verdade"[320]

Deste modo, resta evidente que deve o magistrado durante o *iter* processual, buscar probabilidades de que tais fatos – os levados a juízo – tenham ocorrido, com base na sua compreensão acerca dos mesmos. Assim, concordo – discordando – com Aury Lopes Jr, de que no processo – o autor refere-se especificamente ao processo penal – devemos trabalhar com probabilidades e não com verdades, seja esta denominada formal ou material.[321]

Ora, tendo a processualística por finalidade buscar a compreensão a respeito de fatos mundanos acontecidos preteritamente, uma verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem – pelo juiz. Ainda mais, sendo tais fatos históricos, reconstruídos a partir de informações trazidas ao processo pelas partes. Partes estas, por óbvio, com interesses

[319] Embora, para este autor tratar-se o Direito Processual – Penal ou Civil – do ramo do Direito mais afeito ao mundo dos fatos, ao mundo da vida – hermenêutico –, não é intenção do trabalho, tratar diretamente do escopo hermenêutico que reveste a processualística. Pois sim, tratar de que o escopo do processo não é a busca da verdade, seja ela formal ou material tratando-se tal, de mera falácia. Desta forma, de passagem cabe aqui referir alguns posicionamentos: para Lenio Streck, trata-se a verdade processual, de uma "verdade" eminentemente hermenêutica, donde a partir da compreensão dos fatos, na história, no mundo-do-ser heideggeriano, deverá o magistrado interpretar a norma de acordo com tais fatos, buscando o significado destes para o processo. Logo, para que seja retirado do Direito Processual este selo de eternidade – carimbado na sentença como se uma verdade fosse –, é necessário que seja o mesmo – Direito Processual –, pensado enquanto instituto temporal e histórico, que se preocupa com os fatos da vida, logo, do mundo-do-ser – Heidegger – e que, desta forma, busca as respostas aos conflitos de direitos a partir da compreensão de ser-no-mundo. O existir do sujeito – do processo – é um existir histórico. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) Crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 204-206; 258. Nesta senda, dirá Ovídio Baptista da Silva, que o processo é o *lócus* eminentemente hermenêutico do Direito, pois, o processo guarda relação direta e indissolúvel com o mundo da vida através da faticidade do caso concreto. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Passim.

[320] HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297.

[321] JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica Ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 265.

conflitantes. Assim, por tratar do provável, a partir da atividade interpretativo-compreensiva ergue-se uma sentença, fático-constitucionalmente adequada ao caso.

Assim, a situação da sistemática processual em *terrae brasilis* se mostra assombrosa e totalmente descabida. Em meio ao Estado Democrático de Direito, não se admite um processo seja penal ou civil, de herança tão nefasta quanto a inquisitória, a jurisdição que se deve ao acusado neste novo paradigma é a de garantias, oriunda de uma Constituição garantista. Se admite menos ainda, este frenesi pela verdade real, quando até mesmo as ciências naturais desde Einstein e a sua teoria da relatividade abandonaram as verdades absolutas. Assim, como pode o Direito, uma ciência eminentemente histórico-social, assentar todo o sistema processual sobre tais bases já tão desgastadas e insustentáveis.[322]

Diante disso, não há busca da verdade, seja ela formal ou material, há, sim, um dar-significado aos fatos atinentes ao processo, tendo-se o desvelar de determinada situação no caso concreto, sem rotulá-la com a imobilidade das verdades eternas, sem estabelecer graus do que é mais ou menos verdadeiro, mas sim, estabelecendo-a, dentro das condições humanas, do mundo dos fatos – daqueles fatos.[323]

Desta forma, se busca processos de compreensão tanto para, o sentenciar penal, como para o civil. Bem como, deve-se rechaçar o alcance da verdade como sendo o fim maior de ambos os sistemas jurisdicionais. Pois o fim maior do processo face ao paradigma do Estado Democrático de Direito, é sim, a garantia e concretização dos direitos humano-fundamentais, como também, a garantia ao jurisdicionalizado de uma resposta constitucionalmente adequada ao fim do processo.

CONCLUSÃO

Neste trilhar, vislumbra-se claro o aprisionamento do Direito Processual – Penal e Civil – aos paradigmas da antiguidade/modernidade. Sendo assim, a atividade jurisdicional segue amarrada a conceitos já ultrapassados pelo tempo e pelas mudanças no contexto político-social, o que faz com que a jurisdição não jurisdicione, pois calcada na produção de "verdades" e não preocupada com a realização efetiva de direitos.

[322] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264.
[323] HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296.

Desta forma, para que aflore um novo tempo da Ciência Jurídica em *terrae brasilis* é necessário que o jurista-intérrprete, abandone as antigas concepções. Assim, deverá abandonar o normativismo – o império da norma posta –, o positivismo – e a interpretação, mera subsunção fato/norma –, o racionalismo – a matematização do direito, afastando-o do seu lugar enquanto ciência do ser – e, o inquisitorialismo – e a caça a fantasmas cambaleantes, tal qual o mito da verdade real.

Assim, exsurgindo, uma nova era no Direito Pátrio, donde, a Constituição, constitua, e o Estado Democrático de Direito aconteça, abarcando todo o arcabouço legislativo, possibilitando assim, o acontecer da jurisdição de garantias prevista constitucionalmente, enquanto aparato democrático-constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Org). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIZZOTTO, Alexandre; EBERHARDT, Marcos; JOBIM, Augusto. *Sistema Acusatório*: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. Disponível em <http://www.direitoempresarial.net/artigos/sistema%20acusatorio.pdf.> Acesso em: 5 out. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Direito Processual Civil Volume I*. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. Revisita À Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Faculdade da Direito da UFPR*. Vol. 42, 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5183> . Acesso em: 26 set. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil Volume II*. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Direito Processual Penal. In: COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica À Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução Aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº30, 1998. Disponível em:

<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 7 mar. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Artigo enviado pelo autor devido a contato via e-mail.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do Racionalismo no Processo Civil Enquanto Condição de Possibilidade Para a Construção das Tutelas Preventivas* : um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?). São Leopoldo: UNISINOS, 2008, 305 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos Sobre Os Sistemas Processuais e a Incompatibilidade (Lógica) da Nova Redação do ART. 156 do Código de Processo Penal com o Sistema Acusatório. *Revista de Crítica Jurídica*. Vol. 2, 2009. Disponível em: <http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/revista2/RCJ2Marcelo.pdf>. Acesso em: 28 Set. 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: RCS, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

JOBIM, Augusto; STUTZBECHER, Thaís Rodrigues. *O Poder de Gestão da Prova Pelo Magistrado Frente Ao Sistema Acusatório*. Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/pesquisas/2009/artigos/direito/salao/499.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2009.

JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica Ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUCAS, Doglas César. A Crise Funcional do Estado e o Cenário da Jurisdição Desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises***.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). *Constituição e Processo*: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A Superação do Paradigma Racionalista Como Pressuposto Para A Concretização do Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva: uma analise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. *Revista Direito e Política*. Vol. 3, 2008. Disponível em: http://www.univali.br/modules/system/stdreq.aspx?P=2581&VID=default&SID=275649710881384&S=1&A=closeall&C=33086>. Acesso em: 15 mar. 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *O Juiz Garantista e a Execução Penal: por uma racionalidade Conseqüencialista (MacCormick)*. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18282/public/18282-18283-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 set. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia***:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e Significado*. Disponível em: http//www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em: 18 set.2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A** *Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm>. Acesso em 18 set. 2010. sp.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica V*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THUMS, Gilberto. O Mito Sobre A Verdade e os Sistemas Processuais. In: JÚNIOR, Ney Fayet (Org). *Ensaios Penais Em Homenagem Ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante. *Revista Seqüência*. Nº50, 2005. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/viewFile/1268/1264>. Acesso em: 20 mar. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e Instituições na Modernidade Jurídica. *Revista Seqüência*. Nº30, 1995. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25817/25380 >. Acesso em: 20 mar. 2009.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

ÉTICA ARISTOTÉLICA E PROCESSO

Guilherme Luis Quaresma Batista Santos

Mestrando em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Consultor jurídico na cidade do Rio de Janeiro.

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive

Fernando Pessoa (Ricardo Reis)

Resumo: Da mesma forma que, segundo a filosofia aristotélica, a Política (como ciência da sociedade) tem fundamento na Ética, o processo judicial, como instrumento da *polis*, também se caracteriza como um instrumento ético de solução dos conflitos sociais e de condução dos seres humanos à justiça, como virtude.

Abstract: In the same way that, according to the Aristotelial philosophy, Politics (as science of society) has basis in Ethics, the judicial process, as an instrument of the *polis*, is also characterized as an ethical instrument for conflict resolution in society and for conduction of human beings to justice as a virtue.

Keywords: Legal Philosophy. Procedural Law. Aristotle. Ethics. Axiology. Process.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Direito Processual. Aristóteles. Ética. Axiologia. Processo.

1. O processo como instrumento de organização política

Aristóteles (Αριστοτέλης), filósofo da cidade helênica de Estagira; tutor de Alexandre, o Grande, da Macedônia; e o mais importante discípulo de Platão, é tido como o primeiro filósofo da Antiguidade a se preocupar com a constituição da *polis* (πόλις), isto é, da cidade-estado ou, ainda, das organizações sociais humanas, dedicando estudos e obras

sobre o tema.

A *Política* (Πολιτικά) ou, literalmente, o estudo da organização de todas as coisas de uma *polis* por seus cidadãos foi objeto de estudo deste filósofo, tanto que, além de obra homônima, ele escreveu as conhecidas *Constituições*[1] de inúmeras cidades-estado gregas, sendo que a única destas obras que sobreviveu até os dias de hoje foi a da cidade de *Atenas* (a Αθηναίων Πολιτεία, *Athenaion Politeia*), cujo papiro com seu texto foi redescoberto no Egito somente em 1879.

Para Aristóteles, o ser humano é um ser, por natureza, gregário ou, no seu dizer, um animal político (ζ□ον πολιτικ□ν, *zoon politikón*)[2, 3] que sente necessidade, por si só, de viver em sociedade e somente se realiza no seio da *polis*.[4]

A definição de *cidadão* para Aristóteles é mais ampla que a de Platão, seu predecessor. No estudo das obras platônicas, percebe-se que este filósofo "*sustentava que a massa da população deveria ficar afastada da participação política*"[5], devendo o governo ideal ficar a cargo dos filósofos.[6, 7]

---

[1] *Constituição*, aqui, não é usado no sentido moderno como Carta Política que institui os Poderes estatais e os organiza; as *Constituições* escritas por Aristóteles eram obras nas quais o filósofo descrevia como cada uma das cidades helênicas visitadas e pesquisadas foram criadas e se encontravam *constituídas*, citando as organizações sociais que as constituam e as classes sociais nelas presentes e estabelecidas. Segundo as obras que sobreviveram até os dias atuais, parece que o Estagirista teria escrito entre 125 e 158 estudos acerca da constituição das diversas cidades-estado helênicas.

[2] *Política* (*Pol*) I.1, 1253a, 3: □κ τούτων ο□ν φανερ□ν □τι τ□ν φύσει □ πόλις □στί, κα□ □τι □ □νθρωπος φύσει **πολιτικ ν ζ ον**, κα□ □ □πολις δι□ φύσιν κα□ ο□ δι□ τύχην □τοι φα□λός □στιν, □ κρείττων □ □νθρωπος ("Fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um **animal político**, por natureza, que deve viver em sociedade e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem." Tradução de Torrieri Guimarães).

[3] Nas citações de obras clássicas de Filosofia, como *supra*, usaremos a sigla da obra, quando o seu nome já tiver sido citado, a localização da citação com base no respectivo livro (divisão maior da obra, em numeral romano) e capítulo (em numeral indo-arábico) e com base na numeração referencial desenvolvida por Immanuel Bekker no século XIX. Becker era professor helenista que estudou a fundo os textos clássicos em grego e é considerado, até os dias de hoje, como o maior erudito aristotelista.

[4] Salvo nos casos em que ele, por algum motivo, seja, como lido na nota de rodapé anterior, "*um ser vil ou superior*". Séculos mais tarde, São Tomás de Aquino (*apud* Paulo Nader *in Filosofia do Direito*. 8ª ed Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 110) desenvolveu na filosofia escolástica esse pensamento de Aristóteles e enumerou três hipóteses para esta hipótese excepcional de vida extrassocial: *mala fortuna* (má sorte), *excellentia naturæ* (natureza humana virtuosa, superior) ou *corruptio naturæ* (natureza humana vil).

[5] BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

[6] Como bem explica José Américo Motta Pessanha (in PLATÃO. Diálogos. 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. [Os Pensadores]. p. XIX), é na obra "*A República*" (denominada em grego arcaico como *Politeia*, Πολιτεία) que Platão afirmou, após formular uma divisão racional de tarefas, que "*a cidade ideal só poderia surgir se o governo supremo fosse confiado aos reis-filósofos. Esses chefes de Estado seriam escolhidos dentre os melhores guardiões e submetidos a diversas provas que permitiriam avaliar seu patriotismo e sua resistência. Mas, principalmente, deveriam realizar uma série de estudos para poderem atingir a ciência, ou seja, o conhecimento das ideias, elevando-se até seu fundamento supremo: a ideia do Bem*". Este pensamento se encontra nos capítulos V, VI e VII desta obra platônica.

Para Aristóteles, ao contrário de seu mestre, não deveria haver uma elite de cidadãos dedicados ao bem comum (ou, em latim, à *res publica*), enquanto que se excluía os demais cidadãos, reduzindo-os à vida privada. Ao revés, o cidadão para o Estagirista não pertencia a si próprio, mas à *polis*, devendo todos os cidadãos (*i.e.*, todos os homens livres) participarem "*nas decisões e nas funções governamentais*", de modo que Aristóteles, na sua obra *Política*, "*acentua as virtudes da cidadania clássica, insistindo na necessidade de práticas comuns religiosas e uma regulamentação bastante ampla da vida privada e da moral pessoal*".[8]

John Rawls, fundamentado neste conceito aristotélico, escreveu que será em uma sociedade ou associação onde o ser humano buscará e obterá o reconhecimento público de seus pares acerca das atividades por ele desenvolvidas, fazendo com que "*adquiramos um senso de que o que fazemos na vida quotidina vale a pena*", além do fato de que "*os vínculos associativos* (...) *tendem a reduzir a probabilidade de fraqueza e fornecem apoio contra o sentimento de dúvida em relação a nós mesmos, quando ocorrem problemas*".[9]

Além disso, Rawls destacou o princípio aristotélico de que, "*em circunstâncias iguais, os seres humanos sentem prazer ao pôr em prática as suas capacidades (sejam elas habilidades inatas ou treinadas), esse prazer cresce na medida em que cresce a capacidade posta em prática, ou a sua complexidade*",[10] o que somente é possível, em sua plenitude, em sociedade, com o contato e o convívio com outros homens e mulheres. Realmente, os seres humanos necessitam da vida em sociedade e de suas instituições sociais ou, "*caso contrário, os seres humanos considerarão a sua cultura e sua forma de*

---

[7] Se olharmos para a biografia de Platão, a ideia de que os filósofos seriam os governantes da cidade ideal teria nascido em sua visita à Magna Grécia (Sul da Itália), onde conviveu com Arquitas de Tarento, filósofo e político que lhe inspiraria a figura do "sábio-governante" tratada posteriormente em sua obra *A República*; todavia, a tentativa de implantação no "mundo dos fatos" deste modelo mostrar-se-ia desastrosa na cidade de Siracusa, na Sicília. O renomado escritor Luís Fernando Veríssimo, em recente conto publicado em jornal ("Posteridades". *O Globo*, Rio de Janeiro, 1º maio 2011), relembra desta parte trágica da vida de Platão (bem como da de seu discípulo Aristóteles):

"*Uma resenha que li recentemente de um livro chamado 'Examined lives — From Sócrates to Nietzsche' enumera alguns dos iludidos da história.*

Platão achou que tinha descoberto o executor ideal da sua receita para uma república de filósofos em Dionísio de Siracusa, que revelou-se um tirano.

Aristóteles meteu-se com Felipe II, que tinha alguns genocídios na sua folha corrida, e foi o mentor intelectual de Alexandre, seu filho, que também tinha o gosto por matanças. Quando Alexandre morreu, Aristóteles fugiu de Atenas, alegando, não sei se ironicamente, que queria poupar a cidade que já obrigara Sócrates a tomar cicuta do vexame de matar mais um filósofo."

[8] BARRETTO. *Op. cit. idem*.

[9] *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 489.

[10] *Op. cit.* p. 471.

vida vazias e desinteressantes. Sua vitalidade e ânimo vão esmorecer, na medida em que sua vida se transformar em uma rotina enfadonha."[11]

Contudo, a vida política (*i.e.*, a vida em sociedade ou numa *polis*) necessita de alguns *instrumentos* (no dizer de Aristóteles, de *ciências e artes* que se ocupem do universal para, como um médico ou um treinador, tratar de uma pessoa em particular)[12] para que o convívio das pessoas se realize de forma plena e harmoniosa, pois os bens humanos são restritos e, portanto, "*devem ser consistentes com os princípios de justiça*",[13] ou seja, deve-se promover a sua obtenção e manutenção de um modo permitido pela justiça, mesmo que o ser humano, às vezes, seja tentado a agir de modo injusto na sua obtenção.

Assim, dentre os instrumentos necessários em uma *polis* para evitar que os cidadãos ajam de forma injusta, pode-se vislumbrar a necessidade de existência de processos judiciais *lato sensu* ou, em outras palavras, de instrumentos sociais para assegurar o julgamento de litígios e a realização da *justiça* ao caso concreto.

Mesmo que não haja um Poder Judiciário instituído e organizado como se encontra presente nas atuais sociedades humanas ocidentais, de origem europeia, vislumbra-se sempre nas sociedades humanas, em todas as épocas históricas, a necessidade da existência de regras mínimas de julgamento dos delitos ou dos litígios sociais, por mais simples que fossem, mesmo que estivessem imbuídas de religiosidade (o que ocorria, outrossim, na Grécia Antiga, onde a justiça, algumas vezes, se revestia de divindade, quando era comunicada pela deusa Thêmis aos homens por intermédio do Oráculo de Apolo, na cidade helênica de Delfos) ou entregue às mãos de pessoas de reconhecida credibilidade ou sabedoria pelos demais membros da *polis*.

Assim, esses "processos", em sentido amplo, assumem uma função de pacificação social e de manutenção da ordem na *polis*.

No âmbito da Ciência Jurídica, esta afirmativa não é novidade. Basta recorrermos a qualquer obra de qualidade sobre Direito Processual que se verá, dentre os pilares do processo, a definição de *jurisdição* como a função preponderantemente estatal (ou política) destinada à atuação da vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares[14] gerando e promovendo, de forma mediata, a paz social.

[11] *Op. cit.* p. 475.
[12] *Ética a Nicômaco* (*EN*) X.9, 1180b, 13-14.
[13] RAWLS, John. *Op. cit.* p. 471.
[14] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 65.

A função pacificadora do Estado por meio do instrumento social do processo é tão importante que, aliás, o próprio Sócrates, mestre de Platão, reconheceu em sua própria condenação à morte a necessidade de se obedecer às leis da cidade, concretizadas por meio de uma sentença proferida ao final de um processo. Não há como negar que se tratou de um processo, pois disse Sócrates, em sua *Apologia*, que, embora tendo setenta anos, era "*a primeira vez que me apresento perante a corte. Sou, portanto, um completo estrangeiro em relação ao tipo de linguagem que é utilizada aqui*."[15]

Contudo, mesmo sendo injusta a sua sentença de morte, ele a aceitou em respeito às leis da *polis*, da sociedade da qual ele era cidadão e devia obediência; porém, como dito, nota-se claramente em seu julgamento que se trata de um processo desvirtuado, fundado não na justiça, mas na perversidade dos demais cidadãos de Atenas, algo que, para Sócrates, foi dito como sendo mais difícil de se escapar que a sua penalidade capital, "*já que* [a perversidade] *corre mais celeremente do que a morte*."[16] Disse Sócrates que, com a condenação, iria embora para a morte, "*mas eles* [seus julgadores] *daqui sairão condenados pela verdade, por perversidade e injustiça. Aceito minha pena e eles aceitam a sua*".[17]

Percebe-se, facilmente na Apologia de Sócrates, que a *polis*, bem como os seus instrumentos sociais (como, no caso, o processo) não se bastam em si próprios, mas precisam de um *fundamento* válido para que alcancem as suas finalidades, sob pena de se desvirtuarem e impedirem que as mulheres e os homens possam alcançar, em uma sociedade injusta, um grau de *excelência* em seu viver.

2. A ética como fundamento da organização política

Na filosofia de Aristóteles, este fundamento necessário para que a *polis* e suas instituições alcancem as suas finalidades em plenitude se encontra na *ética* ou na *axiologia*.

Tanto é verdade que o próprio Estagirista somente dá início à discussão acerca da *polis* em a *Política* após ter concluído o estudo[18] da obra *Ética a Nicômaco* (Ηθικ Νικομάχεια, *Ethika Nikomacheia*), dedicada a seu filho. *Ética a Nicômaco* é um estudo de natureza prática, fundado em observações empíricas, com o intuito de mostrar ao indivíduo

[15] PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. 17d.
[16] *Idem*. 39a.
[17] *Idem*. 39b.
[18] Vide os últimos parágrafos desta obra (*EN* X.9, 1181b, 15-20).

como ser bom e como alcançar a excelência em suas ações.

Ao comentar este estudo axiológico, o tradutor Edson Bini explica como se organiza o pensamento de Aristóteles acerca das condutas individuais e coletivas. Segundo seu comentário ao capítulo 2 do Livro V de *Ética a Nicômaco*, "*o eixo do pensamento aristotélico – o ético (esfera do indivíduo enquanto tal) caminha fiel e metodicamente rumo ao político (esfera do animal político – essência do ser humano – onde este atualiza sua potência e existe como cidadão, já que o indivíduo isolado não é, não existe).*"[19]

Deste modo, começa-se a verificar, com razão, que a ética, ao tratar do indivíduo, é o fundamento do plano político ou coletivo, local onde o indivíduo se realiza.

Mas, o que é *ética*?

Como bem sabemos, a Filosofia tem como objetivo de dar (ou, pelo menos, estimular a busca de) respostas a perguntas de todo ser humano. E a pergunta que, talvez, venha após a busca de uma resposta ao questionamento acerca de quem somos é a dúvida de *como devemos agir ou nos conduzir*.

A ética tem como objetivo sanar esta última questão relativa ao "*problema da conduta ou do valor da ação humana*", um questionamento "*da Filosofia que a ciência positiva não resolve, nem está em condições de resolver*".[20] Em suma, preocupar-se-á a ética com o valor da conduta (ou da ação) do ser humano ou, em outras palavras, do bem que pode ser realizado individualmente pelas pessoas.

No plano da Filosofia do Direito, os questionamentos acerca das condutas dos indivíduos ganham importante relevo, pois, consoante o último "minuto" do célebre discurso de Gustav Radbruch aos estudantes de Heidelburg, "*há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo*",[21] o que torna o estudo da conduta das pessoas também importante.

É por tal razão que na Filosofia do Direito o estudo é tradicionalmente dividido em: *a) Ontologia Jurídica* (οντος, *ontos*; genitivo do particípio do verbo em grego arcaico ε□μί, *ser, estar*)[22] ou Teoria do Direito (*i.e.*, onde se discute *o que é* Direito e sua estrutura); *b) Epistemologia Jurídica* (□πιστήμη, *episteme*, que significa *conhecimento*) ou Teoria do Fenômeno Jurídico (ou seja, busca-se conhecer como se realiza o Direito em

[19] Nota de rodapé 125 referente ao trecho 1130b, 29 da 3ª edição de *Ética a Nicômano*, publicada por Edipro.
[20] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.
[21] "Cinco Minutos de Filosofia do Direito" *in* MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 417.
[22] Informação retirada do artigo "Ontología", em espanhol, retirada da *Wikipedia*, em < http://es.wikipedia.org/wiki/ Ontología >. Acesso em 16 out. 2010.

uma sociedade); e no objeto de estudo deste artigo, *c) Axiologia Jurídica* (ἄξιος, *axios*, que, em português, significa *valor, valoroso*) ou Teoria da Justiça, que tem como objeto de estudo os *valores* que informam e conduzem o ordenamento jurídico.

No pensamento filosófico de Aristóteles, a ética tem seu principal espaço de discussão na já citada obra *Ética a Nicômaco*, que teve importante papel no desenvolvimento da Filosofia Medieval e Moderna, bem como dos próprios ordenamentos jurídicos europeus.

Nesta obra, o Estagirista tratou dos *valores* (ou *virtudes*)[23] que devem ser buscados e praticados para que o homem alcance a sua *excelência*. Ao contrário de seu mestre Platão, Aristóteles sempre foi um homem prático e observador das pessoas e das coisas sobre a terra, de modo que suas obras, em especial a *Ética a Nicômano*, são baseadas em suas observações e em exemplos empíricos.[24]

Assim, considerando logo no início daquela obra que "*toda arte, toda investigação e igualmente todo empreendimento e projeto previamente deliberado colimam algum bem*",[25] Aristóteles buscou descobrir qual seria o *bem por excelência* que os homens devem pautar suas condutas para alcançá-lo.

Este bem mais excelente ou finalidade última, segundo Aristóteles, é a *eudaimonia* (ε□δαιμονία), comumente traduzida ao português como *felicidade*; porém, trata-se de "*um daqueles termos gregos de dificílima tradução porque o conceito é mais abrangente do que o nosso;* ευδαιμονια *engloba também as ideias correlatas de bem-estar e prosperidade*".[26] Tanto é verdade que o próprio Aristóteles escreveu na primeira referência em *Ética a Nicômaco* ao termo *eudaimonia*, que "*tanto a multidão quanto as pessoas refinadas* (...) *se referem como a felicidade e identificam o viver bem* (...) *com o ser feliz*".[27]

Entretanto, advertia Aristóteles que *felicidade* não pode ser definida meramente como se fosse prazer, o que ocorre com os indivíduos "*em geral e os mais vulgares*", que preferem "*uma vida que é somente apropriada ao gado*".[28]

---

[23] Tradução do grego arcaico *arete*, □ρετή (excelência), a palavra "virtude" em português tem origem etimológica do latim *vir* (homem), de modo a mostrar que a virtude é o que conduz o ser humano à excelência ou à plenitude.
[24] O próprio Aristóteles, em um de seus exemplos naquela obra, revela que "*não há dúvida de que é apropriado partir do conhecido*" (EN I.4, 1095b, 1).
[25] EN I.1, 1094a,1.
[26] Nota de rodapé 2 referente a EN I.4, 1095a, 19.
[27] EN I.4, 1095a, 15-20.
[28] EN I.5, 1095b, 15-20.

Felicidade, na filosofia aristotélica, é um bem maior que o prazer ou a honra buscada por alguns na vida em uma *polis*.[29] Muito menos se confunde com a riqueza, uma vez que esta "*só é um bem na medida em que é útil, ou seja, um meio para algo mais*".[30]

A felicidade, sendo o bem ideal ou por excelência, torna-se maior que a honra, o prazer, a inteligência e mesmo a virtude sob suas diversas formas (como a da justiça); em suma, a felicidade se encontra "*acima de tudo o mais*, (...) *uma vez que sempre optamos por ela por ela mesma e jamais como um meio para algo mais*", enquanto que, quanto às demais coisas, "*optamos por elas pela felicidade na crença de que constituirão um meio de assegurarmos a felicidade.*"[31]

Das atividades da alma humana, "*a felicidade é a melhor, a mais nobre e a mais prazerosa das coisas, qualidades que não estão separadas*".[32] Ela, como bem por excelência, abrange todas as virtudes - inclusive a mais nobre delas, a justiça – e se mostra como a *finalidade visada por todas ações*,[33] tanto da ciência política, como do indivíduo, de modo que "*o cuidado maior desta ciência é formar um certo caráter nos cidadãos, ou seja, torná-los virtuosos e capazes de realizar ações nobres.*"[34]

Assim, a felicidade não é apenas o bem por excelência a ser alcançado pelo indivíduo, mas também tem obrigatoriamente que ser "*a finalidade da ciência política*", pois "[*a*]*ssegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor que nada; porém assegurar o bem de uma nação ou de um Estado é uma realização mais nobre e divina*".[35] Isto porque, segundo o Filósofo, é à *polis* que cabe o dever de estabelecer "*leis quanto ao que as pessoas deverão fazer e quais coisas deverão se abster de fazer*".[36]

Ora, se "[*p*]*ara Aristóteles, o Estado é um <u>ente moral</u>, menos do que jurídico, cujo fim é prover uma vida feliz para o homem (Pol. I,1,1252a)*[37] *e a felicidade para o homem equivale à <u>vida</u> virtuosa (É. N. I,9,1098b30)*",[38] a ética, como ciência de investigação dos valores das condutas humanas, mostra-se como fundamento necessário para toda e

[29] EN I.5, 1095b, 25-30.
[30] EN I.5, 1096a, 6-10.
[31] EN I.7, 1097b, 1-5.
[32] EN I.8, 1099a, 25.
[33] EN I.7, 1097b, 20.
[34] EN I.9, 1099b, 30.
[35] EN I.2, 1094b, 6-10.
[36] EN I.2, 1094b, 5.
[37] Pol I.1,1252a: "§ 1º. Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer bem – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política." (Tradução de Nestor Silveira Chaves).
[38] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Aristóteles" *in* BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos. p. 70.

qualquer organização política, bem como dos instrumentos desta para assegurar o alcance dos cidadãos às virtudes necessárias para a *felicidade*, tanto individual, como da *polis*.

3. O processo como instrumento ético de obtenção de justiça, como virtude

Assim, não somente a *polis*, mas também todos os equipamentos (χορηγια, *khorêgia*)[39] que os cidadãos dispõem para atuarem nela devem ser *eticamente orientados*, isto é, devem ter como norte valores de conduta a fim de que a *polis* e seus cidadãos possam alcançar, de forma virtuosa, a excelência.

Com o processo não poderia ser diferente. Há importante e erudito processualista de nossa época que não entende ser a paz social a finalidade do processo, e sim a busca de uma tutela, uma vez que aquela seria mero objetivo remoto e ideal, pois "[*n*]*ão é a paz social que desencadeia o exercício da jurisdição, nem é a paz social que o juiz alcança quando termina de exercer a jurisdição*";[40] entretanto, não se pode concordar integralmente com esta afirmação porque o processo intenta realmente alcançar a pacificação social da *polis* pela busca, por seu intermédio, da sua finalidade, a virtude da *justiça*.

É verdade que, durante os seus afazeres, ao propor uma ação, se defender ou julgar uma causa, nenhuma pessoa (seja parte ou juiz) vem a pensar ou exprimir que age em prol da pacificação social. Isto porque o interesse primeiro que leva alguém às barras do Judiciário, sem dúvida, é a obtenção de um direito, bem ou dinheiro (um *bem da vida*, conforme abalizada doutrina processual).

Contudo, a simples obtenção de pecúnia ou de reconhecimento de um direito, apesar de ser o primeiro motivo que impulsiona as pessoas a litigarem em um processo, não pode ser confundido com a sua verdadeira finalidade.

Ora, a mera circulação de dinheiro ou seu comércio, sem produção de riqueza, é duramente criticada nas obras de Aristóteles, sendo o lucro e a usura, "*de todas as aquisições, a mais contrária à natureza*".[41] Na ética aristotélica, a mera aquisição de

[39] Como bem explica Edson Bini, em nota de rodapé em *Ética a Nicômaco* (nota 19, EN I.8, 1099a, 30. p. 54), o termo grego *khoregia*, usado no sentido de equipamento, também designava todo equipamento teatral ou coreográfico, como vestimentas e máscaras, que "*era custeado em Atenas pelos cidadãos abastados, sendo considerado um dever público*".
[40] GRECO, Leonardo. *Loc. cit.* p. 73.
[41] Pol I.3, 1258b, 5.

riqueza não pode nunca ser finalidade, tanto que, usando um jogo de palavras que a antiga língua helênica permitia,[42] Aristóteles tratava "*a moeda como uma vã brincadeira sem qualquer fundamento natural, pois que aqueles mesmos que dela fazem uso podem realizar outras convenções, e a moeda deixará de ter valor ou utilidade*".[43]

Assim, a obtenção de dinheiro não pode ser tida como a real finalidade do processo. Tampouco, outrossim, pode a mera obtenção de uma tutela (direito ou bem) ou, em outras palavras, a obtenção de uma vitória processual sobre o outro litigante ser considerada como finalidade deste instrumento social.

Isto porque, para Aristóteles, mesmo diante de algum revés, o homem pode ser feliz, pois "*mesmo na adversidade, a nobreza resplandece [e se destaca] quando um homem suporta pacientemente infortúnios reiterados e severos, não em função de insensibilidade, mas graças à generosidade e grandeza de alma*".[44]

Ora, como qualquer equipamento da *polis*, o processo também tem a função de ser instrumento de *felicidade* ou de *excelência* a todos que dele participam, e não apenas à parte vencedora ou ao Estado-juiz no cumprimento de seu dever de julgar as lides propostas e proteger as tutelas em perigo. "*Com efeito*," escreveu Aristóteles, "*não obter o objeto de nosso desejo é quase idêntico a não obter coisa alguma*";[45] todavia, mesmo com o revés de uma derrota processual, o processo também deve ser um instrumento virtuoso à parte vencida para que ela, em conjunto com os demais membros da *polis*, tenha possibilidade de alcançar o bem por excelência.

E isto somente será possível se o processo for percebido e exercitado como um *instrumento ético, i.e.*, um instrumento de conduta virtuosa dos cidadãos, tendo como principal virtude a ser alcançada a da *justiça*.

E o que é a virtude da justiça para Aristóteles? Ele o definiu no início do Livro V de *Ética a Nicômaco* como a "*disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizarem atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo*".[46]

Assim, somente quando o processo e as leis que o regulam são justos ou conduzem à justiça ou, ainda, tornam os cidadãos capazes de realizar atos justos é que se torna

[42] De fato, em grego antigo, a palavra *tokos* (τοκος) significava tanto "*lucro*", como "*criança*", como destacado por diversos tradutores do trecho 1258b, 5 de *Política*.
[43] Pol I.3, 1257b, 10-15.
[44] EN I.10, 1100b, 30. Observando que "generosidade" e "grandeza de alma" são espécies de virtudes destacadas pelo Filósofo em *Ética a Nicômaco*.
[45] EN IX.1, 1164a, 14.
[46] EN V.1, 1129a, 10.

possível alcançar a sua finalidade, por excelência, com a pacificação social dos litígios.

Deste modo, o processo, como instrumento ético, tem o dever de proporcionar às partes e, em segundo plano, à própria *polis* a obtenção de julgamentos justos ou virtuosos.

Para tanto, a virtude a ser alcançada por meio do processo (*i.e.*, a justiça) deve ser buscada incessante e reiteradamente, como um hábito (*habitus*, em latim), pois, como salientado pelo Estagirista, "*as virtudes,* (...) *nós as adquirimos por tê-las inicialmente e realmente praticado, tal como praticamos as artes.* (...) *Analogicamente, nos tornamos justos realizando atos justos, moderados realizando atos moderados* (...)*; legisladores tornam os cidadãos bons treinando-os em hábitos de ação correta, o que é a meta de toda legislação* (...) *no que distingue a boa constituição* [da *polis*] *da má.*"[47]

Contudo, "*a Justiça* (...) *não é apenas um habitus, mas um ato também. O juiz, nesse sentido, não é aquele que tem a posse da Justiça, mas aquele que a faz atuar, ligando-a a uma pessoa. Por isso, diz Aristóteles, o fim do Estado é formar os cidadãos capacitando-os a cumprir boas ações (É. N. I,10,1100a).*"[48]

E, ao capacitar os cidadãos com a virtude da justiça, Aristóteles faz com que esta, assim como toda virtude, exerça "*um efeito duplo sobre a coisa à qual pertence: não torna apenas a própria coisa boa, como também faz com que ela desempenhe sua função bem*",[49] de modo que, solucionando os conflitos e os litígios entre os cidadãos em conformidade com a justiça, acabe, com a sua reiteração, por favorecer o hábito de atos justos e moderados e, por fim, o alcance da excelência pela pacificação social.

Por fim, segundo a ética aristotélica, quem poderia ser um bom juiz?

Se cabe ao juiz fazer atuar a justiça como valor ou virtude no processo, ele deverá ser uma pessoa que já tenha essa virtude como um hábito, agindo reiteradamente de acordo com ela. Por isso, para Aristóteles, os jovens (e também os imaturos, pois "*a lacuna não tem cunho cronológico*")[50] não estariam aptos para julgar ou para atuar em qualquer instrumento do "*estudo da política, porque carecem de experiência de vida e de conduta, que é o que supre as premissas e a matéria de estudo desse ramo da filosofia; além do que eles são conduzidos por suas paixões*".[51]

Além disso, alertava o Filósofo que, "*para ser um bom juiz, em geral, é necessário*

[47] EN II.1, 1103a, 30-1103b, 5.
[48] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Aristóteles". *Loc. cit.* p. 68.
[49] EN II.6, 1106a, 15.
[50] EN I.3, 1095a, 5.
[51] EN I.3, 1095a, 1.

que tenha recebido uma educação completa",[52] pois, segundo ele, somente o indivíduo que conhece e está familiarizado com os assuntos que julgará poderá ser um bom juiz.[53]

Assim, podemos tirar uma base filosófica para o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, como a *arbitragem*, onde o litígio a ser pacificado é decidido por árbitros, escolhidos pelas partes, que se destacam, em regra, por sua experiência e pelo seu domínio sobre os assuntos a serem julgados.

Também se torna importante este conceito, tendo em vista que, como geralmente o juiz, por melhor que seja, nunca terá possibilidade de tudo saber ou conhecer, ele precisará da colaboração das partes litigantes a fim de que, agindo boa-fé processual e em contraditório, auxiliem na busca da verdade e na melhor solução do conflito.

Carnelutti afirmou, já na década de 1940, que, como "*cada uma das partes tem interesse na justiça do resultado do processo somente nos limites em que este o favorece, se entende que uma garantia principal de dita justiça deve consistir na colaboração de ambas, a qual, dada a oposição de seus interesses, se desenvolve mediante o contraditório*."[54]

Para que este contraditório seja efetivo e que conceda ao julgador os elementos que lhe faltam para que realize a justiça no processo, ele deverá ser desenvolvido em *diálogo* ou *dialeticamente*, com a possibilidade de efetiva participação das partes.

E este diálogo não pode se restringir apenas às partes do processo, mas deve ser estendido a todos os seus *sujeitos*, incluindo nesta concepção o juiz, uma vez que, conforme antigo brocardo processual, *judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei* (processo é ato composto por três pessoas: juiz, autor e réu).

Aliás, a própria palavra *dialética* (do grego διαλεκτική, do latim *dialectica*) tem sua origem etimológica da composição das palavras "*relação, troca*" e "*falar*".[55] É a possibilidade de troca de conhecimentos pela fala, desenvolvida também por Aristóteles em seu estudo sobre *Tópicos* (do grego τόπος, *topos*, literalmente "lugar"), para quem "*o raciocínio é dialético se as premissas são geralmente aceitas*",[56] pois dialética é um processo de crítica sob as premissas de outrem.

Deste modo, a exigência de um processo dialético impõe o dever às partes que elas

[52] EN I.3, 1094b, 29 – 1095a, 1.
[53] EN I.3, 1094b, 27.
[54] *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I. p. 184.
[55] NOUR, Soraya. "Dialética" *in* BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos. p. 208.
[56] *Idem*, p. 209.

tragam teses (θέσις, *thesis*; em português, "posição") verdadeiras, sob pena de desvirtuarem a justiça do processo, o que justifica a imposição de penalidades por litigância de má-fé àqueles que não colaborarem com o juiz para a obtenção da verdade (ou do que for mais próximo dela que possa ser alcançado, pois, na filosofia aristotélica, a dialética é concebida "*como a ciência do provável*").[57]

Portanto, o dever de obediência aos preceitos impostos pela ética não apenas ao processo e às suas leis, mas também às pessoas que dele participam e recorrem é uma necessidade para que este importante equipamento da cena política seja responsável pelo cumprimento das leis que se mostrarem boas (i.e., de acordo com os valores políticos) e para que cada pessoa, em particular, possa se tornar um cidadão virtuoso por excelência, de modo que participe plenamente de uma sociedade pacificada e feliz.

4. Conclusões

De uns tempos para cá, fala-se muito no Direito Processual moderno em "humanização do processo" como forma de trazê-lo mais perto do cidadão.

Todavia, sob uma ótica aristotélica, ao invés de se falar em tornar o processo mais "humano", dever-se-ia falar em uma necessidade de torná-lo mais *ético* ou, em outras palavras, mais voltado aos *valores* que o instruem e o norteiam.

Como vimos, para Aristóteles, é dever da *polis* (e de nossos atuais Estados Democráticos de Direito) velarem pela educação e pela conduta de seus cidadãos, de modo a promover, em cada um deles, as virtudes necessárias para que cada ser humano alcance a verdadeira felicidade, o bem por excelência.

Tais virtudes, outrossim, devem fazer parte da estrutura de cada instituição e instrumento da sociedade, como o processo. Não se trata, pois, de tornar o processo mais humano; *trata-se da necessidade de trazer os homens e as mulheres de toda a sociedade mais próximos ao processo, de modo que compartilhem, na prática, dos mesmos valores e princípios.*

O discurso ético sem a sua realização prática não tem valor, nem utilidade alguma. Assim, com grande sabedoria, Aristóteles já alertava que a mera discussão sobre as virtudes sem pô-las em prática de nada adiantaria para o engrandecimento do indivíduo e

[57] *Idem.* p. 210.

da sociedade na qual está inserido: "*Mas a maioria dos seres humanos, em lugar de realizarem atos virtuosos, se dedicam à discussão da virtude, imaginando que filosofam e que isso os tornará bons seres humanos, no que agem como pacientes que ouvem meticulosamente ao que o médico diz, mas deixam completamente de cumprir suas orientações. Essa modalidade de filosofia conduzirá tanto a um saudável estado de alma quanto o tipo de tratamento [mencionado e negligenciado pelo paciente] conduzirá à saúde do corpo.*"[58]

Por outro lado, mormente com o Projeto de um novo Código de Processo Civil que hoje tramita na Câmara dos Deputados,[59] após ter sido aprovado no Senado Federal, fala-se com ênfase da urgente necessidade de se promover e garantir, a todo custo, a celeridade processual.

É verdade que não é justiça a justiça concedida em atraso. Justiça morosa é vício, não é virtude; entretanto, como Aristóteles também ensinava, as ações humanas devem se pautar por suas medianas, de modo que se tenha, como primeira regra a ser seguida, "*evitar o extremo que mais se opõe à mediania*".[60]

E, sob o discurso de promoção da celeridade sobre os demais valores informativos do processo, corre-se o risco de se cair no pior extremo, que é o de negar a própria realização da justiça no processo.

Para tanto, o processo deve ser respeitado como instrumento de realização da justiça, e não de realização de meras decisões judiciais, de modo que sejam *observados os valores e os princípios éticos* que o informam, bem como o respeito ao *contraditório participativo ou dialético* entre todos os sujeitos que participam da relação processual.

Só assim, quando os valores éticos forem reiterada e habitualmente observados e respeitados, é que o processo e toda a *polis* se tornarão realmente "humanizados", por excelência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

[58] EN II.4, 1105b,10-15.
[59] Projeto de Lei (PL) n.º 8.046/2010
[60] EN II.9, 1109a, 30.

_____. *Política.* Tradução de Torrieri Guimarães. Porto Alegre: Martin Claret, 2002.

_____. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

PLATÃO. *Apologia; Banquete; e, Fedro.* Tradução de Edson Bini e Albertino Pinheiro. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

_____. *Diálogos*. 5ª ed. Seleção de textos de Jose mérico Motta Pessanha; tradução e notas de José Cavalcanti de Souza, Jorge Paleikat João Cruz Costa. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RADBRUCH, Gustav. "Cinco Minutos de Filosofia do Direito". *in* MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito*. 5ª ed., Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1974. pp. 415-418.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECURSOS EXCEPCIONAIS E VALORAÇÃO DE PROVAS

Layla Gonçalves Hatab

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

Margareth Vetis Zaganelli

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora Associada do Departamento de Direito e do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Resumo: Trata-se de artigo com o fito de análise quanto à possibilidade de exame de matéria fática nos recursos excepcionais. Inicia com um breve histórico acerca desta espécie recursal ressaltando a finalidade destes recursos. Ato contínuo explicita a distinção entre questão de fato e questão de direito para em seguida fixar se matéria fática pode vir a ser objeto de recursos excepcionais. Por último, aborda a distinção entre reexame de provas e valoração de provas. Conclui que enquanto o reexame de provas implica em análise de matéria fática probatória, o que é vedado em julgamento de recursos excepcionais, a valoração de provas constitui-se como questão de direito, o que autoriza o seu conhecimento e eventual provimento pela via dos recursos dito excepcionais.

Abstract: This is the article with the aim of examining the possibility of examination of factual matters in exceptional resources. Starting from a brief history about this kind of appellate highlighting the purpose of these resources. Continuous act clarifies the distinction between matter of fact and questions of law to fix then if factual matters may become the object of exceptional resources. Finally, it addresses the distinction between review of evidence and assessment of evidence. It concludes that while the review of evidence involves the analysis of material factual evidence, which is sealed in the trial of features, the evaluation of evidence is as matter of law, which authorizes its knowledge and potential through provision of resources exceptional said.

Palavras-Chave: Recursos Excepcionais. Finalidade. Restrição do Efeito Devolutivo. Reexame de Provas. Valoração de Provas.

Key Words: Exceptional Resources. Purpose. Restriction of the effect of devolution. Review of Evidence. Valuation Evidence.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Recursos Excepcionais: 2.1. Raízes históricas dos recursos excepcionais; 2.2. Finalidade dos recursos excepcionais; 2.3. O efeito devolutivo nos recursos excepcionais; 3. Questão de Fato e Questão de Direito: 3.1 Conceito de questão de fato e de questão de direito; 3.2. Distinção entre reexame de provas e valoração de provas; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Considerações Iniciais

A prática forense revela o expressivo número de recursos especiais e extraordinários que deixam de ser conhecidos nas Cortes Superiores ante a aplicação das Súmulas 7[1] e 279[2], respectivamente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que enunciam a vedação do cabimento de recursos excepcionais com a finalidade de revisão de matérias fáticas.

A literalidade dos referidos enunciados é clara, contudo, no plano teórico e doutrinário, a distinção entre os conceitos de questão de direito e questão fática parece estar definidos com base em diversos critérios, o que comporta maiores digressões. Do mesmo modo, no plano da prática forense, referida distinção também não se apresenta de forma precisa, em inúmeras situações fáticas, o que gera dúvidas quando do julgamento de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Nesse ponto, assevera José Carlos Barbosa Moreira[3] que a afirmação singela de que os recursos excepcionais somente são permitidos para reapreciação de questões de direito não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura, qual seja, a própria distinção entre questões de fato e questões de direito que nem sempre é fácil de ser traçada com perfeita nitidez.

Logo, a assertiva de vedação de reexame de fatos em recursos excepcionais comporta assaz discussão no campo doutrinário, mormente ante o tênue discrímen entre reexame de provas e valoração de provas.

[1] Súmula nº 7 STJ – "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."
[2] Súmula nº 279 STF - " Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."
[3] BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2008, p. 601.

Nessa linha de idéias, há que se registrar que a jurisprudência tem entendido pela admissibilidade de valoração de provas nos recursos excepcionais, tendo assentado julgados esclarecedores nesse sentido.

De ver-se, portanto, que não obstante a existência de entendimento sumulado nas Cortes Superiores (Súmulas 7 e 279 do STJ e STF, respectivamente) no tocante ao tema em voga, a dificuldade do operador do direito reside em descobrir quando se estará diante de uma decisão recorrida em que o pleito de reforma implicará, necessariamente, em reexame do conjunto probatório, ou, de outro modo, quando o objeto da reforma estará somente adstrito à valoração da prova. Na primeira hipótese, o recurso excepcional sequer será conhecido, enquanto que, na segunda hipótese, a admissibilidade recursal será positiva com o conseqüente conhecimento do recurso interposto.

Ante o exposto, tem-se que o tema deste artigo é de extrema relevância, mormente ante a problemática de acúmulo de litígios nas Cortes Supremas, sobretudo por via recursal, o que tem levado a flagrante limitação na admissibilidade dos recursos excepcionais, mormente, não raras vezes, sob o argumento de que os ditos recursos têm como escopo o reexame de matéria fática.

Portanto, nossa intenção neste artigo é apresentar a relação existente entre a origem histórica dos recursos excepcionais, assim como, a função destes no ordenamento jurídico pátrio, com a vedação de reexame de matéria fática nos citados recursos. Destacaremos, ainda, a possibilidade de valoração de provas como objeto de impugnação pela via dos recursos excepcionais distinguindo a valoração de provas do reexame de provas.

2. Recursos Excepcionais

2. 1. Raízes históricas dos recursos excepcionais

O estudo da vedação de reexame de provas nas Cortes Superiores nos parece estar relacionado à própria origem histórica dos recursos excepcionais (recurso especial e recurso extraordinário), razão pela qual, necessário se faz tecer alguns registros nesse sentido.

Nesse ponto, ao debruçarmos em um breve histórico quanto à origem do recurso extraordinário, tem-se como berço deste instituto o direito norte-americano. Nos Estados

Unidos, porém, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto. Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União. No Brasil, por motivos de fácil compreensão, só com a República surgiria o instituto.[4]

Aqui impõe registrar, contudo, que o recurso extraordinário não se assemelha às figuras recursais a que se acostuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa denominação.

Segundo a lição sempre enriquecedora de José Carlos Barbosa Moreira[5], no direito alienígena, recursos denominados como "extraordinários" são interponíveis contra decisões já transitadas em julgado, sendo que entre nós, ao contrário, a coisa julgada somente se forma quando a decisão não esteja sujeita a recurso algum, sem exceção do extraordinário.

Logo, enquanto em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros a decisão que já transitou em julgado é passível de revisão por meio de interposição de recurso extraordinário, no Brasil, a decisão sob o manto da coisa julgada deve ser desconstituída por via das ações autônomas de impugnação (ação rescisória[6], ação declaratória de inexistência (*querella nullitatis*[7]) ou ação anulatória.

Feitos estes breves apontamentos, destaca-se que a história do recurso extraordinário no ordenamento pátrio divide-se em duas fases: antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e após, conforme a seguir demonstrar-se-á.

A razão deste estudo bipartido revela-se no fato de que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a finalidade do recurso extraordinário era assegurar a

[4] BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2008, p. 580-581.
[5] Op. cit., p. 583.
[6] Ação rescisória pode ser definida como "demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejulgamento da matéria neles apreciada." (FREITAS CÂMARA. Alexandre. Ação Rescisória. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.)
[7] A *querela nullitatis* pode ser definida como "uma demanda de declaração de ineficácia da sentença". (FREITAS CÂMARA. Alexandre. Ação Rescisória. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 281.)

inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais.[8]

Após a promulgação da Carta Maior em 1988, houve uma divisão de competência para o julgamento de matérias anteriormente processadas e julgadas somente pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, as matérias relativas à própria Constituição Federal (artigo 102[9], inciso III, letras *a*, *b* e *c*) permaneceram reservadas aos recursos extraordinários, enquanto que, as questões federais de direito, passaram a ser objeto de recurso especial (artigo 105[10], inciso III, letras *a*, *b* e *c* da CF/88), cujo julgamento se inseriu na competência do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa perspectiva, destaca-se a criação do recurso especial na Constituição Federal de 1988, posto que na Carta Maior criou-se esta nova modalidade recursal cuja competência para o julgamento, reitera-se, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesse ponto, impende destacar que a criação do recurso especial deve ser estudada à luz da reestruturação que se pretendia impor a mais alta Corte do país - Supremo Tribunal Federal - quando ainda da existência de um único recurso cabível em última instância: o recurso extraordinário.

Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso[11], a diretriz da criação do Superior Tribunal de Justiça foi enxugar as funções do Supremo Tribunal Federal, deixando-o operar como uma corte constitucional à semelhança de sua co-irmã norte-americana.

Assim, com a criação do recurso especial, o ordenamento jurídico pátrio passou a ter dois recursos interponíveis em face das mesmas decisões, uma vez que o recurso

[8] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

[9] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Constituição Federal).

[10] Art. 105.Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.(Constituição Federal)

[11] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

extraordinário foi mantido pelo Constituinte, sendo o julgamento de cada um destes recursos alçado à competência de Tribunais Superiores diversos.

2.2. Finalidade dos recursos excepcionais

Ultrapassada as digressões quanto às raízes históricas do recurso extraordinário e do recurso especial, segue o estudo na análise quanto à finalidade dos recursos excepcionais.

Note-se que tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, apresentam diversas características comuns, mormente por ser aquele uma variável deste.

Nessa linha de idéias, urge destacar como uma das características comuns aos recursos excepcionais, o fato destes não se destinarem a correção de alegadas decisões injustas, tendo estes recursos como finalidade precípua manter a unidade do direito com uma interpretação uniforme das leis federais e da Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, diz-se que os recursos excepcionais não guardam eficácia quanto à simples alegação de injustiça do julgado recorrido. E isto porque alegada injustiça está relacionada à errônea subsunção do fato à norma o que pode ser reparado, por sua vez, por recursos ditos constitucionais.

No ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso[12] ensina que assim como o STF não é simplesmente *mais* um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura *mais* uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput).*

A seu turno, Flávio Cheim Jorge[13] sintetiza:

> Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes. Os recursos extraordinários, por tutelarem o direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão.

[12] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.
[13] JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

Nos parece claro, portanto, que a finalidade do recurso especial e do recurso extraordinário refoge à investigação e análise de fatos tendo como fim, conferir a dicção definitiva e exata sobre a questão jurídica até pela pressuposição de que os aspectos fáticos (inclusive o tópico sobre a justiça do acórdão recorrido) já foram ou poderiam ter sido suscitados e enfrentados nas instâncias ordinárias (CPC, arts. 473 e 474)[14].

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira[15] pontifica, com clareza solar, que nem o recurso extraordinário, nem o especial, investe o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, de cognição quanto à matéria de fato, no sentido de que – conforme rezam os n. 279 e 7 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* daquele e deste, respectivamente – nenhum dos dois abre ensejo ao reexame de provas (e menos ainda à colheita de outras), para apurar-se a exatidão daquilo que, em tal plano, assentou a decisão impugnada.

Athos Gusmão Carneiro[16] sintetiza com precisão o já exposto:

> O recurso extraordinário, no direito 'brasileiro', sempre foi manifestado como *recurso propriamente sito* (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal; apenas *mediatamente* visa a tutela do interesse do litigante."

Logo, enquanto os recursos ordinários[17] não são considerados excepcionais e visam imediatamente à tutela do direito subjetivo dos litigantes, os recursos extraordinários visam imediatamente a tutela do direito constitucional e federal e somente de forma mediata e reflexa a tutela do direito subjetivo do recorrente.

Nessa esteira de idéias contempla-se a justificativa jurídica para vedação de reexame de matéria fática nos recursos excepcionais.

Note-se que, como visto, a finalidade precípua dos recursos especial e extraordinário é a preservação da autoridade constitucional e legal não sendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça Cortes de cassação.

---

[14] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.
[15] Op. cit., p. 583.
[16] _____.Recurso Especial, agravos e agravo interno. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

[17] No tocante à distinção entre os conceitos de Recursos Ordinários e Extraodinários: "São os recursos que dependem apenas da existência de uma decisão recorrível, e extraordinários aqueles que, além disso, necessitam da presença de requisitos especiais."(MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.42).

Logo, se o objetivo do litigante é o reexame de provas, posto que não satisfeito com a aplicação da norma ao fato dada em instâncias inferiores, o recurso a ser interposto não deve ser excepcional e, sim, ordinário.

Nesse ponto, consigna-se que para evitar abuso de poder do magistrado quando do julgamento da lide, assim como para reparar eventual equívoco na subsunção do fato à norma, a Constituição Federal de 1988 criou a garantia do duplo grau de jurisdição.

Nelson Nery Junior[18]ensina que a falibilidade do ser humano implica na previsão, mormente constitucional, do princípio do duplo grau de jurisdição, posto que por não ser o juiz homem imune à falhas, a fundamentação de suas decisões judiciais pode ser questionada.[19]

Portanto, a vedação ao reexame de provas nos recursos excepcionais não está a deixar desassistidos aqueles que não corroborem com o desfecho sentencial, pois a estes é assegurada a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição[20] e, por corolário lógico-jurídico, a possibilidade de interposição de recursos ordinários diante da irresignação da parte que não aceita como justo o comando sentencial.

Note-se que por meio de interposição dos recursos ordinários, os litigantes têm acesso à ampla revisão da matéria fática posta em litígio, lhes sendo, assim, assegurado o reexame de provas pela instância judicial superior.

Portanto, para o reexame de provas e correção de eventuais e alegadas injustiças do julgado, a impugnação recursal dar-se-á pela interposição de recurso ordinário. Já quando o interesse recursal estiver consubstanciado na tutela do direito objetivo, é dizer em outros termos, quando a questão a ser avençada no recurso versar sobre questão de direito, a impugnação recursal far-se-á por meio de recurso excepcional (recurso especial e/ou extraordinário).

Aliás, a própria nomenclatura dos recursos como extraordinário e especial e, por outro lado, como ordinários, denota a natureza e a finalidade de cada um destes recursos.

---

[18]NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais:Teoria Geral dos Recursos, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 37.

[19] Para conhecimento de posicionamento diverso ao do professor Nelson Nery Junior, ver a obra do professor Flávio Cheim Jorge em que este posiciona-se no sentido de inexistência de garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição e, sim, garantia constitucional de reexame da matéria anteriormente decidida pelo Judiciário, mesmo que seja feito pelo próprio prolator da decisão recorrida. JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 07 e ss.

[20] Quanto à origem do duplo grau de jurisdição: "Evidentemente foram os próprios romanos que, sentindo a necessidade de haver novo julgamento sobre a causa já decidida, instituíram o duplo grau de jurisdição no principiado, após o período inicial do procedimento no direito romano clássico, onde era negado o exercício do direito de recorrer." (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais:Teoria Geral dos Recursos, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 37).

Outrossim, cumpre registrar que a garantia constitucional no que pertine ao reexame da decisão judicial refere-se a um duplo grau de jurisdição, sendo que utilizar-se da via excepcional para pleitear a correção de eventuais injustiças com o reexame do conjunto fático-probatório, é criar um terceiro grau de jurisdição, o que não foi objeto de contemplação na Carta Maior de 1988.

A propósito, a matéria de vedação de reexame de provas nas Cortes Superiores já está pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende das Súmulas 279 e 7, respectivamente.

2.3. O efeito devolutivo nos recursos excepcionais

Impende ver agora que a vedação de reexame de fatos e provas nos recursos especiais e extraordinários está relacionada à restrita devolutividade dos recursos excepcionais, conforme a seguir demonstrar-se-á.

Antes, contudo, revela-se necessário expor alguns registros para a exata compreensão do conceito de efeito devolutivo.

Esta compreensão, por sua vez, é um problema que se desdobra em dois: o primeiro concernente à extensão do efeito e o segundo quanto à sua profundidade.[21]

A extensão é verificada sob a perspectiva horizontal e relaciona-se ao objeto da decisão recorrida. Uma vez fixada esta extensão, somente quanto a esta o Tribunal poderá exercer juízo de cognição.

No que diz respeito à profundidade, Flávio Cheim Jorge[22] ensina que nesta são vislumbrados os fundamentos e as questões analisadas, ou, ao menos, que poderiam ser analisadas pelo juiz *a quo*, para a apreciação da pretensão versada.

Feitas estas breves digressões, diz-se que o efeito devolutivo nos recursos excepcionais é restrito, posto que a matéria a ser devolvida às Cortes Superiores restringe-se às questões de direito e que foram objeto de prévia discussão e julgamento (prequestionamento)[23].

[21] JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.237.
[22] Ob. cit., p. 237-238.
[23] Acerca do conceito de prequestionamento: "A expressão prequestionamento – que, originariamente, dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que 'questionam'- passou a significar a exigência de que *da decisão* conste esta discussão que houve entre as partes sobre a *questão constitucional ou federal.*"(MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 222).

A propósito, tal devolutividade, sob o *prisma horizontal*, não é ampla, porque não tem como abranger todos os tópicos do julgado recorrido, devendo confinar-se aos pontos jurídicos nele prequestionados. Essa limitação horizontal acaba por repercutir na *perspectiva vertical* (a profundidade de cognição), havendo mesmo autorizada doutrina que nega a devolutividade sob a dimensão vertical. [24]

É dizer, assim, que sob o prisma horizontal, o efeito devolutivo nos recursos excepcionais é restrito em razão da delimitação constitucional das hipóteses de cabimento dos mesmos, o que restringe a matéria recorrível à questões constitucionais e federais, e, desde que, de direito (vedada a rediscussão de questões fáticas).

Não fosse isso, a obrigatoriedade de prequestionamento como um requisito específico de admissibilidade[25] dos recursos excepcionais, restringe, ainda mais, a extensão das matérias que poderão vir a ser objeto destes recursos.

Portanto, não há como negar que nos recursos especial e extraordinário, o efeito devolutivo sob a perspectiva horizontal é limitado. É dizer, há limitação quanto à matéria a ser impugnada.

Por conseguinte, como corolário lógico-jurídico desta limitação horizontal, tem-se que também sob a perspectiva vertical, que diz respeito, como visto, a profundidade de cognição, haverá correspondente limitação (por via reflexa).

No particular, não nos parece assertivo o entendimento doutrinário no sentido de inexistência do efeito devolutivo sob a perspectiva vertical nos recursos excepcionais, posto que o que se observa é a limitação deste efeito, mas não a sua exclusão.

Logo, haverá cognição vertical no julgamento dos recursos excepcionais e, portanto, o efeito devolutivo vertical (profundidade), embora limitado em razão da restrição do efeito devolutivo sob o prisma horizontal (extensão).

Nesse diapasão, negar a existência do efeito devolutivo, ainda que em sede de recursos excepcionais, seria negar uma decorrência natural que atine aos recursos.[26]

[24] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.
[25] Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".
[26] JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg. 234, “O efeito devolutivo se apresenta como uma decorrência natural da incidência do princípio dispositivo nos recursos.”

Não obstante, impende destacar o entendimento doutrinário abalizado que conceitua como restrito o efeito devolutivo nos recursos especiais em razão da *ausência* de verticalidade.

Nesse ponto, Nelson Nery Junior[27]:

> Tratando-se de recurso extraordinário ou recurso especial, o efeito devolutivo é restrito, ou seja, não é dotado de verticalidade que lhe é característica em relação a outros recursos como a apelação (arts. 515 e 516 do CPC). São, vale dizer, recursos de fundamentação vinculada, que devem ficar adstritos apenas à matéria ventilada no acórdão e atacada pela parte, além, é claro, de ficarem adstritos à competência de julgamento estipulada nos arts. 102, III, e 105, III, da CF.
> O efeito devolutivo que se opera em relação aos Tribunais Superiores, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, é desprovido de sua dimensão vertical.

A propósito, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:[28]

> De qualquer modo, deixando de lado a polêmica, que, de resto, parece não existir no que diz respeito às conclusões acerca do que pode ser conhecido pelo tribunal, percebe-se que, de um modo geral, de alguma forma os recursos possibilitam que se conheça de matéria que esteja fora dos limites de que foi proposta. Estes são recursos interpostos 'da decisão', e que podem gerar reforma 'da decisão', que nos perdoem talvez o exagero, mas quase como se o processo não existisse. Estes recursos não 'abrem' o aceso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, chegar a cognição do STF e do STJ.
> Não geram, pois, efeito translativo e não têm o efeito devolutivo que deles decorre, a dimensão vertical.

Por tudo quanto exposto, tem-se que a doutrina não é uníssona quanto à definição da extensão do efeito devolutivo no âmbito dos recursos ditos excepcionais. A exegese, todavia, que admite a existência do efeito devolutivo nestes recursos, não obstante de forma restritiva tanto sob a dimensão horizontal quanto vertical, nos parece bastante razoável e acertada.

3. Questão de Fato e Questão de Direito

3.1 Conceito de questão de fato e de questão de direito

[27] NERY JUNIOR, Nelson. "Recursos Excepcionais – Fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins". In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 2005, p.653.
[28] ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001. P. 202.

Uma das características dos recursos especiais e extraordinários que justifica a classificação de ambos como excepcionais é a limitação de sua cognição, conforme visto no tópico anterior ao analisarmos a restrição do efeito devolutivo nestes recursos.

Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso[29], os recursos excepcionais, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum, apresentam cognição limitada à análise de questão de direito, o que, por raciocínio lógico, nos leva a concluir pela exclusão de análise de questão de fato.

Ocorre, entretanto, que aferir a distinção entre questão de fato e questão de direito é tarefa árdua, tendo a doutrina e jurisprudência, a seu turno, empenhado esforços para fixar critérios que facilitem a distinção entre estes verbetes.

Nesse ponto, impende registrar que a questão dita como de fato pode ser definida como a hipótese em que para a sua análise é necessário o reexame de provas, o que implica em revisar a forma como os fatos supostamente ocorreram.

A questão de direito, por sua vez, pode ser dirimida independentemente das alegações e provas produzidas pelas partes durante a instrução probatória, pois está relacionada à qualificação jurídica do fato.

No ponto, José Carlos Barbosa Moreira[30]:

> Impende registrar que em geral se considera *de direito* a questão relativa à *qualificação jurídica* do (s) fato (s), de modo que o Tribunal , embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão *a quo*, em decisão a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes.

Em lição também esclarecedora, Rodolfo de Camargo Mancuso[31]:

> Chiovenda procurou dar um critério para a caracterização do que seja *questão de fato*: Consiste em verificar se existem as circunstâncias baseado nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata.

Pode se observar, assim, que a questão de fato, que fica excluída do âmbito dos recursos excepcionais, é aquela cujo conhecimento pelas Cortes Superiores implicaria, inexoravelmente, em *apenas* revisar provas.

[29] Ob. cit., p. 162.
[30] Ob. cit., p. 601-602.
[31] Ob. cit., p. 163.

Nessa linha de idéias foram editadas as Súmulas 279, do STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário") e 7 do STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"). Note-se que o adjetivo "simples" inserto na redação das referidas Súmulas não passou despercebido pela perspicácia do mestre Rodolfo de Camargo Mancuso[32], que advertiu, no ponto, que a inserção deste adjetivo revela que a vedação existente quanto ao objeto dos recursos excepcionais cinge-se na hipótese em que o recorrente formula como pleito recursal, tão-somente, a revisão de provas.

Do mesmo modo, as Súmulas 454 do STF ("Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.") e 5 do STJ ("A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.") são corolários das Súmulas acima transcritas, uma vez que a interpretação de cláusulas contratuais implica em análise da intenção das partes o que, por sua vez, levará indubitavelmente ao reexame de provas, mormente prova oral (depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas, por exemplo).

Nesse sentido, nota-se que o rigor da interpretação destas Súmulas foi abrangido no julgamento do AI 501804 pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, quando a Egrégia Suprema Corte decidiu que a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, hipótese inviável em sede extraordinária ante a aplicação da Súmula 279.

Da mesma forma, não se pode deixar de registrar que algumas decisões, em maior ou menor intensidade, seguem prestigiando as Súmulas 279 e 454, ambas do C. STF, e, Súmulas 5 e 7, ambas do STJ. Assim, no STF: RE 602740 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJ 18.12.2009; AI 702844 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.10.2009; RE 601637 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJ 13.11.2009. Da mesma forma, no STJ: REsp 521616, rel. Min.Aldir Passarinho Junior, DJ 07.12.2009; AgRg no REsp 680935, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Há que se registrar, ainda, que quanto aos conceitos denominados vagos ou indeterminados, devem os mesmos ser interpretados pelas Cortes Superiores como questões de direito, pois muitos destes conceitos existem no próprio diploma processual, o que nos permite caracterizá-los como questão de direito.

[32] Ob. cit., p. 164.

A propósito, o significado de conceito indeterminado na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[33] é registro que merece destaque:

> [...] conceito indeterminado encontra-se sendo empregado para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande freqüência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros.

Desse modo, imperioso mencionar a admissibilidade dos recursos excepcionais quando o objeto destes versa sobre conceitos indeterminados, pois ante a imprecisão destes conceitos, poder-se-í-á questionar se a interpretação dos mesmos implicaria em revisão de matéria fática, o que não nos parece, pois a delimitação do significado dos conceitos indeterminados se faz por meio de interpretação do direito.

3.2. Distinção entre reexame de provas e valoração de provas

Assim, exposto o conceito de questão de fato e questão de direito, apresenta-se a distinção existente entre reexame de provas e valoração de provas quando da interposição de recursos excepcionais.

Nesse ponto, urge destacar que não obstante seja vedado o reexame de questões fáticas nos recursos excepcionais, alegado erro quanto aos critérios de apreciação da prova, por exemplo, não excluem a possibilidade de recurso especial e recurso extraordinário.

Este tem sido o entendimento do STF, uma vez que a Corte Constitucional tem entendido que exame de critério legal de valorização da prova, não é caso de simples apreciação desta, não sendo a hipótese, portanto, de aplicação da Súmula 279. [34]

Nessa esteira de idéias, impecável é a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier[35], que pontificam que o reexame de prova implica saber se determinado fato ocorreu, ou não, enquanto que, quando se faz a revaloração da prova ou do fato provado, não há dúvida acerca da ocorrência de determinado fato, mas discute-se como deve ser qualificado juridicamente o mesmo.

---

[33]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.97.

[34] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.

[35] MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 224.

Note-se, portanto, que não é cabível nos recursos excepcionais reexaminar a prova, é dizer, reapreciá-la com exercício de cognição. Exemplo de reapreciação de provas é a hipótese em que a instância inferior julgou pela existência de determinado delito e, em sede de recurso excepcional, o Supremo Tribunal Federal julga pela inexistência do delito. Neste caso, haveria reexame de provas em sede de recurso extraordinário, o que é vedado.

Destarte, vale mencionar, a sábia lição de José Carlos Barbosa Moreira[36]:

> [...] a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e portanto com violação do art. 5, n. LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico, por meio de recurso extraordinário).

Logo, denota-se que eventual alegação pela parte sucumbente no sentido de que o acórdão recorrido restou calcado em prova obtida por meios ilícitos autorizará a interposição e o conseqüente conhecimento do recurso extraordinário, pois tal conduta é vedada pela Constituição Federal de 1988, art. 5, LVI, da CF/88 ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos").

De outro modo, contudo, acaso a interposição do recurso extraordinário tenha como fundamento jurídico a alegação de que o acórdão recorrido fundou-se em prova falsa, o mesmo não será admitido, uma vez que a análise quanto à alegação de falsidade da prova implicará em revisão de matéria fática.[37]

Ao fim e ao cabo, impecável é a lição do Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO[38]:

> Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é quaestio iuris que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui 'reversão' de doação, ou doação condicional, ou doação mortis causa, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois sua eficácia.

Portanto, a valoração da prova implica na análise quanto ao valor jurídico desta, assim como, na análise quanto à ocorrência de violação a princípio ou a norma jurídica probatória. Nesse ponto, tem-se que a valoração da prova é questão de direito e, assim, pode ser objeto de recursos excepcionais.

---

[36] Ob. cit., p. 603

[37] MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167.

[38] CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 117.

O reexame da prova, por outro lado, implica em reexaminar os elementos probatórios com o fito de aferir se eles foram ou não bem interpretados pelas instâncias inferiores, o que caracteriza flagrante revisão de matéria fática, vedada em sede de recursos excepcionais.

4. Conclusão

Por tudo que foi exposto, temos que os recursos especial e extraordinário não apresentam como finalidade precípua a tutela do direito subjetivo das partes, e, sim, a tutela do direito federal e constitucional, respectivamente. Esta é, inclusive, a função originária destes recursos e que permanece inalterada no sistema jurídico vigente.

Nesse passo, não se destinam a correção de alegadas injustiças da decisão guerreada, não sendo as Cortes Superiores Cortes de Cassação.

Logo, a simples alegação de injustiça do julgado demandará a revisão de matéria fática, razão pela qual, deve ser objeto de recurso ordinário.

Tem-se, assim, a limitação do efeito devolutivo nos recursos excepcionais tanto sob o prisma horizontal (extensão de matérias que podem vir a ser objeto dos recursos excepcionais), quanto sob o prisma vertical (profundidade de cognição).

A vedação de revisão de matérias fáticas nestes tipos recursais, contudo, não exclui a análise quanto a alguns aspectos do direito probatório.

Assim, temos, por exemplo, que a alegação de erro quanto aos critérios de apreciação da prova caracteriza-se como valoração da prova, o que, por sua vez, autoriza o cabimento do recurso especial e extraordinário, visto que sua análise não implica em revolvimento de matéria fática probatória. A valoração da prova, portanto, é questão de direito.

Logo, enquanto o reexame de provas implica em análise de matéria fática probatória, o que é vedado em sede de julgamento de recursos excepcionais, a valoração da prova constitui-se como questão de direito, o que autoriza a sua discussão por via dos recursos excepcionais.

5. Referências

5.1. Bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha de**. Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Anotações sobre o recurso especial. In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça**, São Paulo: Saraiva, 1991, RT 654/7; Jurisprudência Catarinense 666/39.

_____.**Recurso Especial, agravos e agravo interno.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Ricardo Procópio. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FOUTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso Especial: questão de fato/questão de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FREITAS CÂMARA. Alexandre. **Ação Rescisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1. ed.

GRECO FILHO, Vicente. Direito **processual Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001.

MACEDO, Alexander dos Santos**. Da *Querela Nullitatis* Sua Subsistência no Direito Brasileiro,** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Revista CEJ. Brasília, n. 33, abr./jun., 2006.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 2 v.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. **Valoração de prova. Revista de direito processual civil**. Curitiba, n. 21, ano VI, Jul./Set., 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Recurso especial e extraordinário: o prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e processamento.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. WAMBIER, Teresa A.A**. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação.** São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Colab. José Roberto Ferreira Gouvêia.** 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson**. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos, 5 ed**. São Paulo: RT, 2000. p. 37.

_____**. "**Recursos Excepcionais – Fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins". In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 2005.

_____**. "**Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o parágrafo 3 do art. 515 do CPC". In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro**. Prequestionamento. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PANTUZZO, Giovani Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário.** 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ in teoria geral e admissibilidade.** 2 ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969),** 2 ed., São Paulo, 1970-2, t. IV, p. 107.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Almeida. **Recurso especial: visão geral em recursos no STJ. Coord. Sávio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, 1 v.

SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Distinção entre questão de fato e de direito para fins de recurso especial**. Revista AJURES, n. 74, 1998, p.253 a 278.

5.2. Jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 5**. Corte Especial. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. Corte Especial. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula 279**. Corte Extraordinária. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula 454**. Corte Extraordinária. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2009.

A BARREIRA INTRANSPONÍVEL DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS: IMPROPRIEDADE DO ABUSO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL

Leonardo Costa De Paula

Professor de Introdução ao Direito e de Direito Processual Penal UCAM, Mestre em Direito Público e Evolução Social, UNESA-RJ, pós-graduado em Direito e Processo Penal, pós-graduado em Docência do Ensino Superior, ambos pela UCAM-RJ, Coordenador Regional do IBRAPP no Rio de Janeiro, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Matrizes autoritárias do processo penal brasileiro: para além da influência do Código de Rocco (1941), coordenado pelo pós-doutor, Geraldo Prado, Advogado/Pesquisador da ARP no Projeto Presos Provisórios, Sócio do Escritório Gamil Föppel Advogados Associados com foco de atuação no Rio de Janeiro.

Resumo: Como premissa para um estudo focado no Direito utiliza-se um raciocínio externo, conhecido como Dilema de Segurança, que defende que os Estados possam fortalecer suas barreiras sem representar ameaça aos demais. Dessa premissa passa-se a questionar como identificar o que seria lealdade processual na esfera do Direito Processual Penal. Através da identificação da etimologia de lealdade, que significa meramente legalidade, só se afirma então, que a defesa no processo penal se limita a não praticar atos proibidos por lei, no mais, o exercício de qualquer garantia não pode ser identificado como abusivo ou procrastinatório.

Abstract: As a premise for a study focused on the Right is done with external reasoning, known as the Security Dilemma, which argues that states can strengthen their barriers pose no threat to others. That premise question how to identify what would be procedural fairness in the realm of Criminal Procedural Law. By identifying the etymology of loyalty, which means merely legality, says only then that the defense in criminal proceedings is limited to not commit acts prohibited by law, after all the exercise of any warranty can not be identified as abusive or procrastinate.

Palavras-chave: Dilema de segurança, lealdade da defesa, princípio da legalidade, ampla defesa, contraditório.

Keywords: Security dilemma, loyalty of defense, principle of legalty, ample protection, contradictory.

Já que é assim baseado em que você pune quem não é
você
(...) querer o meu não é roubar o seu,
pois o que eu quero é só função de eu.
Raul Seixas

INTRODUÇÃO

Em que medida é possível estabelecer que houve abuso ou deslealdade na defesa? Esse foi o problema chave que motivou a estrututração da pesquisa.

A premissa do estudo se apresenta no capítulo que o inaugura: O Dilema de Segurança, termo cunhado em Relações Internacionais, que pretende reduzir o anseio dos estrangeiros frente a um país que fortalece suas defesas.

Em seguida passou a ser relevante analisar a limitação da legalidade para a defesa quando se trata do exercício das garantias do acusado. Como se identifica a limitação negativa, ausência de defesa e a limitação positiva, excesso de defesa?

No capítulo final, se aplica a premissa com base no que se viu a respeito de quem entende ser necessário traçar a ideia de lealdade processual. A partir daí se alcançou a resposta, que confirmou a hipótese de estudo: não há como se definir a limitação da garantia, a não ser pelo princípio da legalidade, aplicado ao particular.

1 A PREMISSA: EM QUE MEDIDA É PUNÍVEL ALGUÉM SE PROTEGER AO EXTREMO? A DEFESA SUBSTANCIAL

Impõe-se para a compreensão prévia do raciocínio do presente artigo a análise de institutos pinçados de fora do Direito Processual Penal, ou até mesmo, do Direito.

Explorar outras esferas do saber pode ser interessante para compreender o mundo específico que se limita cartesianamente. Isso permite enxergar o Direito de maneira diferente, entretanto, mais adequada.

A premissa que se impõe tem a seguinte base de raciocínio: na época do feudalismo, seria possível que outros nobres vizinhos se sentissem constrangidos caso o

seu vizinho direto se fortalecesse de todos os modos possíveis e imagináveis, mas respeitando os limites do seu castelo, da sua cidade, do seu feudo?

A rigor, pode parecer um raciocínio completamente descontextualizado, mas que, se aprofundado, pode colaborar com o estudo.

A partir da consulta de textos de Relações Internacionais foi possível localizar entre os teóricos um termo definido de Dilema de Segurança, cunhado inicialmente por John H. Herz[1].

De maneira muito resumida, o Dilema de Segurança consiste na identificação da insegurança percebida pelos países vizinhos quando verifica que seu vizinho imediato esteja se fortalecendo de maneira exagerada, a sua própria defesa militar. Este fortalecimento pode se espelhar uma postura ofensiva.

Neste caso, o fortalecimento militar da defesa de um país dá a percepção para os demais de que ele esteja se tornando ofensivo. Isso, *per se*, permitiria uma intervenção internacional para limitar a soberania de cada país? Não. O autor chega à conclusão de que o individual de cada estado prevalece inclusive sobre o aspecto universal dos demais países se esse fortalecimento for claramente defensivo.

É natural de cada país, povo, classe, ou grupo de indivíduos se sentir inseguro com o fortalecer da defesa dos demais. É instintivo que eles visem também se defender. Mas as supostas ameaças externas são percepções subjetivas que dependem da maneira como cada um olha sobre o que o outro faz. Não se pode falar, então, que o país que fortalece suas defesas o faz para poder atacar os demais, mas para impedir que seja atacado.

Definida a premissa básica do pensamento do presente estudo, se volta a atenção à compreensão deste raciocínio, através das garantias individuais, no mundo fechado do Direito Processual Penal.

O Projeto do Código de Processo Penal de 1941 já trazia, na sua exposição de motivos, a clara identificação sobre o que representam as garantias. Não é demais repetir, já que na maioria das vezes se ignora a teleologia do que pretendia o legislador quando da interpretação das leis:

> As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto

[1] HERZ, John H. Idealist Internationalism and the Security Dilemma. *In World Politics*, Vol. 2, n. 2, Cambridge: Cambridge Univesisty Press, 1950, p. 157-180.

> estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

O discurso legitimador de diminuição de garantias, seja quais forem, já que não foi esclarecidas pela exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, se fundamenta por força de uma suposta tutela social, que deverá prevalecer.

É interessante que, em 1941, já se acreditava cegamente que antes de cometer um crime o agente delitivo além de pegar o Código Penal para verificar a pena que responderia também pegasse seu Código de Processo Penal estadual para verificar o como ele seria processado. Nesse sentido, instigado por força das garantias que lhe favorecem, tem um estímulo a delinquir, mesmo se considerar que 56% dos pouco mais de 40 milhões de habitantes no Brasil eram analfabetos.[2]

Com base numa cultura autoritária, limitaram-se as garantias, que feririam a tutela social em prol do indivíduo, até que o jogo mudou, quando surgiu uma legislação que muitos temem, outros não entendem, mas que assumiu o papel de lei maior do Estado, em 1988.

Depois de períodos de absolutismo estatal, de primazia do social sobre o individual, surgiu então uma Constituição que fundaria no país um Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que a atual carta magna teria permitido que o indivíduo fortalecesse suas barreiras, já que, a partir dela, a ampla defesa assume papel inquestionável e o processo só se legitima enquanto tal quando asseverado o princípio do contraditório.

Fazzalari[3] é quem chama atenção para o aspecto de que a validade teórica da noção de procedimento é diferente da noção de processo justamente porque só *se pode falar em processo enquanto se constatem ex positivo iure, a estrutura e o desenvolvimento dialético.*[4] A base do processo ocorre no contraditório: *todavia, o processo é reconhecível cada vez que, mesmo sendo reduzidos os poderes dos 'contraditores', são realizadas entre eles posições simetricamente iguais.*[5]

---

[2] CRUZ, Patrick. *Brasil completa 70 anos de país de fuuro*. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/brasil+completa+70+anos+de+pais+do+futuro/n1237971251598.html> acesso em 19 de abril de 2011.
[3] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
[4] FAZZALARI, *op. cit.*, p. 120-121.
[5] FAZZALARI, *op. cit.*, p. 124.

Então, *não se concebe um sistema processual democrático sem valorização da condição de sujeito do imputado.Portanto, não é possível reconhecer um modelo substancialmente acusatório sem que se eleve o contraditório à posição de eixo.*[6]

É possível perceber que, desde 1988, as fronteiras individuais começam a prevalecer sobre as barreiras da tutela social. E aí, o cidadão consegue se afirmar e dilatar os muros que cercam a sua defesa, barreira intransponível.

O Dilema de Segurança, acima apresentado, começa a fazer um pouco mais de sentido. As forças vizinhas ou do externo começam a se insurgir contra essas barreiras, respeitando ou não a sua ínsita limitação legal.

Dentro do processo penal, Luigi Ferrajoli[7] já deixa claro que não importa tão somente que o acusado receba uma defesa meramente técnica. O Acusado deve estar em situação de competir com o acusador, ou seja, deverá ser substancial, justamente para possibilitar a desconstrução da tese acusatória e com isso legitimar o próprio sistema penal.[8]

Muito tempo atrás, Hobbes já diria que somente a possibilidade de contraditar a acusação é que permite ao Leviatã proteger o indivíduo quando de frente para uma acusação. O acusado não poderia ser obrigado a confessar um crime, sob o pressuposto de que ninguém poderia ser obrigado a acusar a si próprio.[9]

O *nemo tenetur se detegere* é a única maneira de dar vida ao contraditório, por meio do qual se permite ao acusado refutar a acusação: é a primeira máxima para a existência de um processo acusatório.[10]

---

[6] NASCIMENTO, Rogério Bento. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181-182.

[7] FERRAJOLI , Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 614.

[8] Apesar disso a jurisprudência segue no sentido de que a qualidade da defesa não interfere na qualidade da decisão, como se o contraditório fosse desencessário: PENAL. TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. RAZÕES. REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DAS ALEGAÇÕES FINAIS. DEFESA. AUSÊNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A reiteração, nas razões da apelação, dos argumentos de fato e de direito deduzidos nas alegações finais não significa estar o réu indefeso e não conduz o processo à nulidade. 2. A qualidade da defesa técnica não é causa necessária de nulidade do julgamento da apelação, porque este recurso, marcado por amplo efeito devolutivo, prescinde das razões recursais (art. 601 do Código de Processo Penal). 3. Ordem denegada. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**.** Habeas Corpos nº. 173458 / SP. Relator: Ministro Celso Limongi. Sobre o tema: *o que faticamente poderia ser entendido como lesão aos direitos fundamentais deixa de ser objeto de proteção*. BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 130.

[9] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <http://download389.mediafire.com/igeerh3lnhlg/0ygy mbfmjfj/LEVIAT%C3%83+-+THOMAS+HOBBES+DE+MA LMESBURY.pdf> acessado em 19 de abril de 2011, p. 75.

[10] FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 608.

Neste ideal pode-se começar a compreender a idéia da limitação positiva e negativa para a defesa no processo penal.

2 A LIMITAÇÃO POSITIVA/NEGATIVA DA DEFESA NO PROCESSO PENAL

O processo penal só se afirma enquanto tal quando inserido no contraditório, que não deve se restringir à intimação do acusado a todos os atos, mas consubstanciar a efetiva possibilidade de que este responda à acusação.

Isso nos remete à idéia da limitação positiva, ou mínima, que deverá ser cunhada no processo. O acusado, como detentor de direitos, deverá ter assegurado o seu direito de postular e desconstruir a acusação. E ainda por cima, não é possível que o mesmo abra mão do devido processo legal por meramente concordar com a futura condenação.

Tanto é verdade que, se o acusado estiver sem defesa, será considerado indefeso e isso anulará o processo.

Nesse sentido, no HC82672/RJ julgado pelo STF[11] teve um processo em que antes mesmo do interrogatório (no rito à época representava o primeiro ato do processo) o advogado da paciente 'confessou' o crime e pediu a condenação no menor patamar possível.

No processo nem sequer havia o recebimento da denúncia, as provas colhidas na instrução foram extremamente superficiais e não houve contraditório efetivo, já que a defesa tinha adiantado o convencimento do magistrado. O Relator entendeu que a defesa atuou no processo como se fosse o próprio Ministério Público e evidentemente, não houve recurso.

Naturalmente essa discussão remete à ideia da paridade de armas, que assegura a possibilidade de o acusado responder à acusação sem se encontrar indefeso no processo penal.

A paridade de armas é mera suposição legal. Apesar de não ser tanto acadêmico quanto possível, é viável pragmaticamente que qualquer pessoa acompanhe diversas audiências e note que, dentro das unidades federativas, cuja defensoria pública é bem

[11] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC82672/RJ, 1ª Turma STF, Relator para o Acórdão Min. Marco Aurélio.

estruturada, muitas das vezes a defesa não se opõe a nada, não faz perguntas e a maioria massacrante dos acusados acaba por ser réu confesso.

Como complementa Alexandre Bizzoto[12]:

> A defesa técnica atuante e combativa é imprescindível para se dimensionar os momentos de defesa durante o processo penal. Sabe-se que, em decorrência da seletividade e da deficiente estrutura das Defensorias Públicas, boa parte daqueles alcançados pelo sistema penal são pessoas de poucos recursos econômicos, que necessitem de defensor dativo nomeado pelo juiz.
> Percebe-se uma falta de critérios previamente estabelecidos para a escolha. Muitas vezes o magistrado indica profissionais que se colocam mais à disposição de auxiliar o ritmo do Juízo o que permite a condução do processo conforme a conveniência judicial.

Quando se têm em mente as unidades federativas em que a defensoria é incipiente, ou mal estruturada, fica muito mais evidente que a Defesa se torna mais técnica, respondendo à audiência sem ter um contato prévio com o processo e com o acusado, para, por fim, fazer valer os interesses deste e, ainda por cima, detectar problemas específicos quanto ao proceder estatal.

Apesar de substancialmente já haver disparidade entre o que pretende a Constituição e o que se pode dizer de defesa substancial, se trouxe a notícia a respeito do acusado indefeso e que é possível uma progressividade nesse sentido.

Quanto mais preparada for a defesa, tanto mais protegido estará o acusado, tanto mais estruturados serão aqueles muros no paralelo com o feudalismo.

De acordo com a Teoria do Ordenamento Jurídico, deve se verificar que a atuação de cada pessoa se dá dentro do espectro da legalidade. Esse espectro é definido através de normas - que não necessariamente estarão em uma só lei - que regulam a vida tanto do particular quanto do ente público.[13]

No que se referem aos particulares, tudo que não é proibido é permitido a isso se dá o nome de princípio da legalidade.

Diferente do que se pode dizer para o particular, o órgão público é pautado sobre outro aspecto da legalidade, haja vista que não faz o que bem entende através da sua liberalidade.

[12] BIZZOTO, *op. cit.*, p. 184.
[13] BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1982.

O princípio da legalidade para o ente público se identifica com a proteção do particular contra autoritarismo ou arbitrariedades, ou seja, ela é pautada pelo raciocínio de que tudo que está previsto é obrigatório.

Apesar de que dentro do Direito tudo depende de um problema inerente de interpretação e o que é óbvio para um, para o outro é identificado de maneira diferente. O Ministério Público é o único que deveria pautar suas ações sobre as prescrições obrigatórias por lei, se observado a paridade de armas.

Há quem diga que no pólo passivo da relação processual penal o acusado, imputado ou réu é parte no processo penal e o mesmo exerce pessoalmente sua defesa. Apesar de este se submeter a uma ideia de lealdade, nem sempre se pauta pela idéia de *fair play*.[14] Estaria o acusado obrigado a dizer a verdade quando fosse responder sobre seus antecedentes, vida pregressa, apesar de ser função do Ministério Público se certificar disso, já que carrega o ônus da prova, mesmo sendo obrigatória tal postura do acusado não recebe sanção.

Essa lealdade não abarcaria necessariamente o acusado já que o mesmo teria o direito ao *nemo tenetur se detegere*. Tal princípio não atribui o dever da veracidade ao que o acusado fala. E para quem acredita na lealdade o *nemo tenetur se detegere* não comportaria em ilação direta de que ele poderá mentir.[15]

Do mesmo lado da 'relação processual' estaria a defesa técnica, regida por uma suposta lealdade processual, pautada no múnus público de que, por força da Constituição, seria indispensável à administração da justiça.[16]

No mesmo sentido dizem que a tarefa do advogado é *a de harmonizar, no caso concreto, exigências que muitas vezes estão opostas em nome do dever de lealdade decorrente da sua função de auxiliar na administração da justiça e da sua obrigação de fidelidade ao acusado, o que não se confunde com cumplicidade*.[17]

A fundamentação da suposta lealdade da defesa técnica ainda se pautaria de na proibição a *atitudes ilícitas, imorais ou mesmo improbidades*[18], como se em pleno século

[14] *fair play* do inglês jogo justo. SOUZA, Alexander Araújo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73.
[15] *Idem*, p. 74.
[16] *Idem.*
[17] NASCIMENTO, *op. cit*., p. 228.
[18] SOUZA, *op. cit., p*. 76.

XXI fosse possível discutir a imoralidade no plano deontológico, como se Kant[19] viesse nos visitar para renascer aquela essência divina em cada um de nós.

Quem percebe o advogado como indispensável à administração da justiça, de alguém que deverá subsunção a esta justiça, deverá revisitar os conceitos gramaticais, mas a Constituição não diz que o advogado é indispensável para a administração da justiça e sim que o resultado do seu trabalho servirá a administração justiça.

Como já se posicionou Alberto Binder[20]:

> el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho; y en esto último consiste su función "publica" o "social": su contribuición, a través de la asistencia al imputado particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho.

Mais que isso, há quem defenda que a ética do advogado estaria pautada na Lei 8.906/1994 já que é obrigação do advogado responder com ética. Mas esta ética se dá por uma relação pessoal entre as partes. O resultado deste trabalho se espelha externamente, mas a ética não está vinculada à justiça.

Necessário esclarecer que a procuração materializa um mandato, mandato este que passa poderes de um particular para outro. O Acusado tem o direito inerente de mentir e outorga esse direito para outrem, para que possa agir dessa forma em seu nome. É justamente isso que legitima e dá o valor necessário para que o acusado confie no advogado.

Sem esta outorga e a representação direta do advogado para agir estritamente nos interesses do seu cliente, não há relação de confiança nem fidúcia inerente entre cliente e causídico. Aí, nesse caso, nada protegerá o acusado de ter uma defesa técnica plena.

Defende-se que, para limitar o abuso ou a má-fé processuais, deveria o advogado respeitar o artigo 34 da Lei 8.906/1994, já que responderá quando *fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça de lei ou em pronunciamento judicial anterior*. E está o defensor proibido de agir falseando deliberadamente a verdade, como informa o art. 2º do citado diploma.[21]

[19] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.
[20] BINDER, Alberto M. *Introducción AL derecho procesal penal*. 2 ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 159.
[21] SOUZA, *op. cit.*, p. 216.

Por esta lógica, sendo o cliente processado na esfera criminal e vindo a se confessar com o advogado, a defesa só poderá ficar silente? Já que ele estaria atuando em desfavor da justiça e da lei, a favor de uma inconstitucionalidade?

Mas, *el defensor es un asistente directo del inputado; en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función publica, sino que asesora a una persona en particular*.[22]

Na qualidade de enxergar o acusado como o diferente, confunde-se o defensor com o próprio réu, pretendendo-se passar ao mesmo a responsabilidade do primeiro. Melhor seria, então, que se colocasse o advogado como co-autor, já que está impedindo a justiça e não atuando como um serventuário dela.

Sustentar a lealdade da defesa no processo penal, juntamente com a idéia de confiança, seria a de que só é *confiável quem tiver compromisso com o entendimento, com a melhor solução para o problema*.[23]

Ocorre que o processo não pende para encontrar uma melhor solução para o caso, mas sim para resolver um fato penal concreto específico. E melhor solução vai depender de quem olha. Nesse caso, vai ser necessário identificar a melhor solução para quem? Para o acusado será provavelmente a absolvição.

O Advogado não tem responsabilidade com a Justiça. Ele não tem que favorecer a verdade. Essa função é do Ministério Público. A defesa só dá voz ao réu, ele representa os interesses imediatos do réu, *el defensor no es un auxiliar del juez ni de la justicia. Esto sólo se podría afirmar en un sentido figurado o metafórico*.[24] Já foi superada a leiga interpretação literal da lei.

Acontece que advogado, etimologicamente, deriva do latim *advocatus*.[25] Que além de expressar simplesmente para alguns aquele que está do lado, na verdade é a composição de *ad* que representa um aditivo e *vocatus* ou *vocare*.[26]

Vocatus por sua vez é particípio passado de *voco* o que nos remete à compreensão do verbo latim *vocare* que significa simplesmente *chamar, mandar vir*.[27]

---

[22] BINDER, *op. cit.*, p. 159.
[23] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 244.
[24] BINDER, *op. cit.*, p. 159.
[25] BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, A, 1º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 97.
[26] BONOMI, Francesco. *Dizionario etimologico online*, 2008. Disponível em: <http://www.etimo.it/?term=avvocato&find=Cerca>, acesso em 20 de abril de 2011.
[27] FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956, p. 1036.

Dessa forma, advogado nada mais é do que aquele que dá voz. É ele quem poderá postular em nome do outro. Para o judiciário ele representará os interesses do cliente como se fosse o próprio.

Isso se torna importante quando se tem a intenção de passar para o advogado a submissão a uma suposta lealdade processual. Lealdade é qualidade de ser leal. Leal pelo vernáculo traduz a idéia de *legal, segundo a lei*.[28]

Já foi dito acima que qualquer particular está submetido pelo princípio da legalidade, então esse preciosismo de mudar a palavra para poder representar a mesma coisa, não é admitido.

Quando se remete a lealdade, se remete na verdade a outro aspecto, essa palavra anda junto com a idéia de fidelidade, que no vernáculo representa em certa medida de *observância das leis e dos contratos*.[29]

Neste outro verbete reafirma-se o princípio da legalidade e, acrescenta-se a identificação de contrato. Contrato, no que se refere a advogado e cliente é um contrato de relação de fidúcia, confiança que por sua vez significam *intimidade, fé que se tem em alguém*.[30] Confiança é justamente o que vincula o acusado a contribuir na sua própria defesa com seu defensor, esclarece os detalhes do caso ao seu patrono para que esse lhe dê voz, postule em seu nome.

Deve se observar o tratamento como de prova ilícita uma gravação ambiental, clandestina – já que não há previsão sobre o procedimento a ser adotado – em que se obteve a conversa entre o advogado e uma acusada em um caso emblemático.[31]

Não há como se exigir do defensor que atue em prol da acusação, isso é subverter sua própria função e quebrar a identidade do sistema acusatório, já que se acabar a defesa a balança se torna desigual, já saiu do êmbulo que assevera a justiça.

Fundamenta-se que a defesa atue muita das vezes procrastinando o processo, o que será rebatido em momento oportuno.

---

[28] BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, L-M, 5º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 2118.
[29] BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, E-F, 3º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 1385.
[30] BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, B-D, 2º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 790.
[31] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas corpus nº. 59.967/SP. Sexta turma. Ministro Nilson Naves. Da ementa destaca-se: *2.Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações.* Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC+200601152499>, acesso em 20 de abril de 2011.

Atribuir a demora na prestação jurisdicional aos advogados não é discurso inédito. É discurso enfadonho e falacioso já há muito utilizado. Nisso só se volta a afirmar o Manual dos Inquisidores, no qual Nicolau Eymerich[32] já deixa evidente a função do advogado quando o posiciona no capítulo sobre o *obstáculo à rapidez de um processo*:

> O fato de dar direito a defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. (...)
> Quanto ao advogado prestará juramento – e guardará segredo sobre tudo o que vir e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido.[33]

Considerar que o advogado deve vinculação com a administração da justiça se *trata de una pervivencia del sistema inquisitivo, donde se entendía que los imputados – generalmente "brujas" o "herejes" – no tenían derecho a una verdadera defensa, y que el defensor tenía un compromiso con la verdad y con la religión antes que con su propio cliente*[34].

Se pretende que o direito de defesa, dentro da idéia de garantias fundamentais, não seja absoluto e isso depois de assumir que *em um sistema processual penal acusatório e garantista como o brasileiro* (...) *a garantia atinente à amplitude ou plenitude de defesa assume uma margem inevitável de relatividade*.[35] Ora neste caso, se é possível que a defesa seja limitada, ela não é ampla, o que fere a Constituição.

Se o acusado não puder usar seu pleno direito de defesa, então para que se defender? O limite à defesa é o limite intrínseco no próprio ordenamento jurídico que impede o acusado de praticar outros ilícitos para poder se defender. No mais, não poderá haver limitações.

Alexandre Bizzoto[36] expõe claramente que quando há a *tentativa de legitimação dos discursos excludentes, há a recuperação dos fundamentos da ideologia da defesa social, o que faz com que o sistema penal alimente a lógica totalitária, na qual o humano é tratado como inimigo*.

---

[32] EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de PEÑA, Francisco. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 137 e 139.
[33] Parece repetitivo? Volte ao julgado do STF em que concedeu o *writ* para acusada indefesa, verás que não muito melhorou a situação daquela ré em que o defensor, antes mesmo de começar a audiência 'confessou' pela sua cliente e pediu a condenação no patamar mais brando cominado na lei.
[34] BINDER, *op. cit.*, p. 159.
[35] SOUZA, *op. cit.*, p. 120.
[36] BIZZOTO, *op. cit.*, p. 105.

É recorrente *a perversidade provocada pelos discursos que se apropriam das intenções declaradas nos direitos humanos*. (...) *É o uso dos direitos humanos para atacar concretamente o direito das pessoas*.[37]

Então, assumir que o sistema acusatório, no Brasil, é um sistema garantista, é falacioso. No Brasil, se tenta efetivar garantias e na medida que elas são realizadas pode se dizer que foram respeitadas. Mas, assumir que dentro do panorama atual é garantista é uma simplificação terrível, em que subjetivamente cada pesquisador utiliza seu discurso para causar uma inversão ideológica do discurso e se desprende do que significa Garantismo Penal, mesmo porque, nem adjetivo é.

Busca-se muitas das vezes pontuar o que o advogado não deve fazer. Não fazer recurso abusivo, não fazer *habeas corpus* quando incabível, não contrariar a acusação, mas se ignora que o não fazer na verdade é um fazer negativo. A não resposta ainda é um tipo de resposta. A limitação da defesa só se vincula ao aspecto negativo, quando não faz, o acusado estará indefeso.

A defesa, quando faz, não pode ser tachada de abusiva, não se peca pelo excesso quando se trata de fortalecer aquela barreira, do primeiro capítulo que permite dizer que a defesa está se fortalecendo.

3 A BARREIRA, A MURALHA, O LIMITE: A AUSÊNCIA DO DILEMA

Se o advogado deverá então contribuir com a acusação no seu intento de alcançar a verdade, então melhor que se retorne ao sistema inquisitório, já que aí economizaria os gastos com menos um ator para defender a legalidade no processo penal. Diminuir-se-ia, no mínimo para o Estado R$15.000,00 por mês para cada vara, já que não será necessário pagar um promotor para tal intento.

Pela máxima popular, que satisfaz a expectativa de quem ouve, *quem não deve, não teme*! Mas isso não é racional, isso é sentimental. Se assim fosse, não seria necessário se defender, não seria necessário acusação, apenas inquisidor, que está a favor da verdade e subsumido a Deus.

Nesse caso, o juiz teria a possibilidade de representar Deus, representar a Justiça, a verdade, a fé, e não precisaria nem de defesa, nem de acusação.

[37] *idem*.

Como bem esclarece Juan Montero Aroca[38] não há como se esperar que a acusação e defesa dêem as mãos e saiam para passear em um jardim paradisíaco em busca de uma solução ideal para o processo, ou seja, nunca se buscará a justiça através destas partes que atuariam em comunhão para alcançar uma suposta verdade.

A alegação de que o acusador oficial no processo penal ocupa a função de fiscal da lei se traduz no mesmo fenômeno da inversão ideológica do discurso garantista.[39] Fundamenta-se que há uma possibilidade de proteção adicional ao acusado, só que o Ministério Público com isso se traveste de cordeirinho, mas é o lobo à espreita.

O ritual ecumênico judiciário é cruel. Ele mostra que topograficamente o juiz se encontra sempre amparado pelo defensor da legalidade. Ambos representam o Estado.[40] Como ambos defendem a legalidade no outro pólo, pelo simbolismo representado, estará o acusado, e do seu lado o advogado que pelo *animus jocandi* popular, jamais entrará no céu. Mas, que ao menos se salve a coisa do processo.[41]

A função do advogado é inerentemente a de atrapalhar o processo. Note que a expectativa gerada pela denúncia visa abalar a presunção de inocência. Pelo sistema dedutivo de conhecimento é ela que abala o que se conhece sobre uma suposta realidade. Esse abalo vai alterar a presunção e somente com a participação da defesa é que se dirá que o conhecimento se faz perfeito.

Rui Cunha Martins[42] esclarece que toda expectativa antecipa um preenchimento, este preenchimento é feito a partir daquilo que *se presume expectável, quer dizer, a partir do que convém à noção de normalidade*.

Se esse preenchimento da expectativa não contar com o advogado, se perde a legitimidade para dizer que o processo se afirma como tal, volta a ser meramente procedimento.

A defesa só se limita a um único aspecto, que é o de não praticar atos ilícitos como qualquer outro particular. Defesa só deve confiança ao acusado, se não for assim, o

[38] MONTERO AROCA, Juan. *Imparcialidad y activismo judicial em el Proceso Penal.* Palestra preferida no dia 07/04/2011, no Segundo Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS, Porto Alegre.
[39] BIZZOTO, *op. cit.,* p. 159-160.
[40] CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. *Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez, ano 5, n. 19, p. 123- 129, jul-set. 2005.
[41] Réu deriva de *res*, etimologicamente significa a coisa do processo.
[42] MARTINS, Rui Cunha. *Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. in Sistema Penal e Violência. Revista eletronica da Faculdade de Direito PUCRS.* Porto Alegre: EdiPUC, p. 86, disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7474/5381>, acesso em 19 de abril de 2011.

acusado não poderá se sentir defendido e com voz por meio daquele que deverá postular em seu nome.

É justamente isso que representa a procuração: um contrato cível, que tem repercussão *extra partem*, mas cuja relação de confiança e lealdade só é identificada entre eles.

São possíveis diversos exemplos práticos, mas que fogem à limitação do presente estudo teórico. Apesar disso, fala-se do recursos protelatórios da defesa, que seria um abuso do exercício da defesa.

Como se pode penalizar alguém por fazer uso do seu grito de socorro para as esferas mais altas, para aquele que podem defender 'melhor' o juridicamente mudo? Como seria possível defender ou até presumir a defesa que determinado recurso será protelatório, pode ser até temerário, mas protelatório?

Só se dirá que um recurso é protelatório depois de julgado. Caso contrário, houve então um prejulgamento do recurso. Prejulgamento este inconstitucional, haja vista que prejulgamento impede o devido processo legal e nesse caso só será aceito *pro reo*.

Não há como se presumir se a prova é protelatória ou não. Sendo infrutífera a diligência, simplesmente terá sido protelatória? Dizer que algo é protelatório e impedir que a defesa diligencie é pressupor a decisão, decisão esta condenatória. Pelo contrário, se já estivesse pendendo para a absolvição poderia então abrir mão de qualquer prova e absolver sumariamente o acusado.

O exercício de uma garantia jamais poderá resultar em punição, apesar de ser muito comum no Brasil que as garantias contem para o prejuízo do acusado, o silêncio no interrogatório já pôde ser interpretado contra o acusado. Mas, dizer que um recurso defensivo é protelatório? Isso é por fim ao processo.

Não é porque a disputa processual se tornou mais difícil, que o devido processo legal se torna substancial, que se pode defender a ideia da defesa abusando de seu direito.

Acusar o réu indefeso é fácil. Difícil, certamente, se fosse assim, será seguir os ditames legais para poder substancializar o devido processo legal.

Em um mar de interpretações subjetivas e personalíssimas quando um juiz ou serventuário fala, *nessa comarca é assim que se faz*. Tem-se uma infinidade de mini códigos processuais penais *sui generis*, um para praticamente cada juiz.

Há quem compreenda que a defesa poderia ser sancionada por abuso nos casos de realizar uma defesa protelatória, já que isso impossibilita a marcha processual. Mas usa

exemplos sancionados que fogem à relação da defesa, como retenção de autos, excesso de prazo para respostas, opor exceções ou impedimentos para procrastinar o processo isso seria considerado abuso processual.[43]

Existem casos de inúmeros promotores que excedem o prazo para praticar atos e não ocorre nenhuma sanção. Juízes com prazos determinado em lei para sentenciar que não recebem nenhuma reprimenda da corregedoria. Para entes estatais, deixar de praticar ato previsto em lei chama prevaricação ou abuso de autoridade e a quantidade de condenações por tais práticas é inexpressiva para a quantidade de dados fáticos facilmente verificáveis.

Outra identificação de abuso processual que fazem referência alguns é do uso excessivo de requerimento de diligências *que não tragam qualquer proveito ou não sirvam aos fins do processo*[44].

É necessário que se forneça aos advogados e aos acusados aquelas bolas de cristal que todo concursado recebe quando toma posse. Como é possível saber se um meio de prova será frutífero antes da sua apreensão? Se justamente a conceituação banalizada do meio de prova é que ela é tudo aquilo que servirá do convencimento ao magistrado?

Ora, há uma inversão teleológica. Se já se sabe que o tal meio de prova a ser inviabilizado é impertinente ao processo, é porque, então, já se sabe o que quer que seja convencido, esse convencimento certo é a condenação. Justamente porque deverá seguir o tortuoso e demorado caminho do processo para aplicar a pena, pela máxima *nulla poena sine judicio*.

Acabe com a defesa! Porque, se fosse para a prova pesar somente para o outro lado da balança quando desnecessária é porque representa uma quebra positiva dos direitos fundamentais, e, no caso, absolva-se o acusado sumariamente.

Também se diz que outra espécie de abuso da defesa está no uso de recursos com o manifesto propósito protelatório e que um clássico exemplo disso seria a utilização dos embargos de declaração. A aceitação desses embargos de declaração protelatórios representaria a *chancela à chicana e à má-fé* deixar de coibi-los, o que prejudicará a lealdade processual.[45]

Se na outra hipótese, foram as bolas de cristais fornecidas aos concursados, para saber se um embargo de declaração é protelatório deve ser quiromancia, já que esta última técnica compreende na leitura das linhas da mão e a interpretação do futuro.

[43] SOUZA, *op. cit.*, p. 125.
[44] SOUZA, *op. cit.*, p. 168
[45] SOUZA, *op. cit.*, p. 181, 184.

Pela subjetiva, superficial e atécnica leitura dos embargos de declaração, aquele que ganhou o poder mediúnico divino na mesma posse em que se distribuíram as já narradas esferas translúcidas, poderá ditar que o embargo é protelatório.

Ignora-se até o pano de fundo que carregam os próprios embargos de declaração, que é a confissão de que o sistema é falho.[46] Se é necessário embargos de declaração para tentar amoldar a decisão à constituição, a decisão já é nula. Enquanto persistir o juiz em não rechaçar todas as teses da defesa. Isso sim que é chicana no dever de dizer o direito.

Abuso da tão afamada lealdade processual também seria o uso abusivo das ações autônomas de impugnação, *habeas corpus*, e, nesse caso, *quando não concorram determinadas condições, quais sejam, a legitimidade ad causam, o interesse em agir, a possibilidade jurídica do pedido e a originalidade*[47]

Limitar o remédio constitucional realmente facilitará a vida em sociedade. A garantia política mais plena se torna sempre um abuso para quem está do outro lado da força. Tanto que a limitação do *writ* foi feito pelo AI-5, não sendo demais lembrar àqueles cuja a memória tenha sido falha: *Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular*.[48]

Não é só na sentença que toma corpo aquilo que pretende Lênio Streck[49], *decido conforme minha consciência,* mas sim: processo de acordo com a minha consciência.

Enquanto persistir no plano ôntico a fraudulenta visão de que as garantias são um extenso rol que deverão ser limitadas não se poderá ir além da mera arbitrariedade.

Quando não muito se entender que a garantia de um é o dever do outro, não poderá se velar um teórico não muito distante dos bancos escolares: Miguel Reale[50] quando traça a identificação da bilateralidade atributiva.

Não se poderá dizer que não se viu nas faculdades, não se compreendeu eficazmente o que isso quer dizer, mas a garantia do acusado é o dever do Estado, dever

---

[46] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, constituição e autonomia do direito. in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, ano I, Vol. I, p. 65-77, 2009. *Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos "embargos de pré-questionamento" (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere normal a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de embargos?.*

[47] SOUZA, *op. cit.*, p. 196.

[48] BRASIL. Ato Institucional n. 5. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s> acesso em 19 de abril de 2011.

[49] STRECK, Lênio Luiz. *Que é isto - Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[50] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

este imposto tanto ao juiz, quanto ao Ministério Público quanto, inclusive, à defesa, no sentido de requerê-la.

Com a identificação da lealdade como se propõe só se afirmará a face autoritária e capenga simplesmente da deontologia, simplesmente, da norma pela norma, simplesmente da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Mas, no momento que se identificar o acusado como detentor efetivo de direitos e garantias não mais se questionará se ele abusou delas.

Preservar as fronteiras do acusado é preservar a democracia. Preservar aquelas barreiras intransponíveis para legitimar a própria idéia do processo, inclusive a identificação da necessidade do contraditório como for mais conveniente para a defesa será preservar a democracia.

E aí, quem sabe, o Dilema da Segurança, se dissolverá na proteção do individual, pois o acusado se protege, simplesmente porque é natural e instintivo a própria preservação, da mesma forma que a vítima tenta se proteger em momento anterior quando do suposto delito.

Sem isso, a vítima não será aquela que foi submetida a ato ilícito de um particular, mas sim aquele que foi submetido a ato não previsto, a ato não prescrito conforme a lei, pelo ente estatal, o agora réu.

Quem me defende da bondade dos bons, da bondade daqueles que estão ao lado da legalidade? Quantos promotores foram vistos condenados por terem feito denúncias ineptas? Quantos promotores foram vistos condenados por pedir cautelares infundadas? Quantos juízes foram condenados após *habeas corpus* cujo relaxamento de prisão foi provido? Lealdade? Primeiro apresente a estrita legalidade!

Não cabe dúvida, ao contrário, é fácil de aceitar limites para a ação do Estado, então um processo contraditório significa um estatuto que forneça limites para a atividade do órgão legitimado para formular a acusação.[51]

Relaxamento de prisão é concedido no *writ* quando houve ilegalidade na prisão, prisão sem fundamentação relaxada pelo desembargador denota imediatamente abuso de poder, quer estado policialesco? Que seja policialesco para si também. O legislador não é suicida[52], infelizmente o sistema há de não ser também.

[51] NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 205.
[52] Sobre o aparato repressivo penal não ser suicida, utilizou-se o raciocínio de PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.66.

Uma coisa não se pode olvidar, para que o processo seja legítimo, a defesa, mesmo não tendo que respeitar além da estrita legalidade para os particulares, deverá ser relevada e ouvida e perceber claramente que participa da sentença, caso contrário a dialética processual não foi seguida e o processo se esvai em mero procedimento.

Cobrar da defesa uma posição limitada tolhendo suas garantais é fazer com que o Leviatã naufrague e o acusado se afogue. Os muros caiam e o inimigo invada. Tudo por força de uma tutela social coletiva e massacrante. Mas nesse caso, a voz do povo não é a voz de Deus, mas sim de um covarde que tiraniza o processo para assumir a sua luta contra quem pretendia realizar seu instinto de sobreviver, de não ser condenado. O Dilema da Segurança aplicado ao processo penal se materializa e aí 'salve-se quem puder'.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando estados vizinhos se sentem inseguros pelo fortalecimento da defesa de um, acabam por tentar fortalecer também suas defesas, isso materializa o dilema da segurança.

Se as relações diplomáticas de tais países conseguirem se entender e perceberem que essa atividade não é ofensiva, mas defensiva, o dilema se dissolve.

Acusado sem defesa é tido como indefeso, o que não é permitido para se afirmar o processo enquanto tal é causa de nulidade.

Alegar que a defesa está atuando de maneira procrastinatória, sempre é discurso antigo e do ideário inquisitorial, a defesa só serve para atrasar o processo.

A defesa não responde à administração a justiça, mas o produto do seu exercício legitima a administração dela.

Lealdade é sinônimo de legalidade, a distinção se torna inócua quando presente o princípio da legalidade que se destina ao defensor, um particular. A lealdade esperada do advogado é com o seu cliente e na medida do contrato firmado.

Limitar a defesa sob alegação de procrastinação é adiantar o mérito, seja na produção de prova, seja na interposição de recurso, seja no exercício do direito de ação autônoma de impugnação, só aceito para absolver.

Para se dissolver o dilema da segurança aplicado ao processo penal é necessário respeitar a defesa e fazer valer a sua participação com a mesma credibilidade que se destina ao acusador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2 ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009,

BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1982.

BONOMI, Francesco. *Dizionario etimologico online*, 2008. Disponível em: <http://www.etimo.it/?term=avvocato&find=Cerca>, acesso em 20 de abril de 2011.

BRASIL. Ato Institucional n. 5. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s> acesso em 19 de abril de 2011.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, A, 1º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, B-D, 2º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, E-F, 3º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, L-M, 5º vol*. Santos: Brasília Ltda, 1974.

CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. *Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez, ano 5, n. 19, p. 123- 129, jul-set. 2005.

CRUZ, Patrick. *Brasil completa 70 anos de país de fuuro*. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/brasil+completa+70+anos+de+pais+do+futuro/n1237971251598.html> acesso em 19 de abril de 2011.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de PEÑA, Francisco. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI , Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

HERZ, John H. Idealist Internationalism and the Security Dilemma. *In World Politics*, Vol. 2, n. 2, Cambridge: Cambridge Univesisty Press, 1950.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <http://download389.mediafire.com/igeerh3lnhlg/0ygymbfmjfj/LEVIAT%C3%83+-+THOMAS+HOBBES+DE+MA LMESBURY.pdf> acessado em 19 de abril de 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

MONTERO AROCA, Juan. *Imparcialidad y activismo judicial em el Proceso Penal.* Palestra preferida no dia 07/04/2011, no Segundo Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS, Porto Alegre.

MARTINS, Rui Cunha. *Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. in Sistema Penal e Violência. Revista eletronica da Faculdade de Direito PUCRS.* Porto Alegre: EdiPUC, p. 86, disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7474/5381>, acesso em 19 de abril de 2011.

NASCIMENTO, Rogério Bento. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Alexander Araújo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, constituição e autonomia do direito. in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, ano I, Vol. I, p. 65-77, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Que é isto - Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**.** Habeas Corpus nº. 173.458/SP. Relator: Ministro Celso Limongi.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas corpus 59.967/SP. Sexta turma. Relator Ministro Nilson Naves.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus nº. 82.672/RJ. Primeira Turma. Relator para o Acórdão Min. Marco Aurélio.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Os embargos de declaração, regulados nos artigos 535 a 538 do Código de Processo Civil, podem ser definidos como o recurso dirigido ao próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão embargada (sentença ou acórdão), com o objetivo de completá-la em algum ponto omisso, ou esclarecê-la em algum ponto obscuro ou contraditório.

Sua origem, como a de outros embargos, deita raízes no velho direito português. As Ordenações Afonsinas de 1.446 delinearam a sua configuração, que conservaram até o Código de 1973, concedendo a qualquer julgador o poder de declarar e interpretar sua sentença em que houvesse palavras ou conclusão duvidosas[1]. Inicialmente sem prazo, esse reexame formal da sentença somente era admitido se esta fosse definitiva, ou seja, se fosse sentença apta a gerar a coisa julgada material, porque as decisões interlocutórias sempre poderiam ser revistas[2].

A partir do Regulamento 737 de 1.850 o instituto foi delineado como apto a corrigir obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão da sentença, fixado o prazo de dez dias para a sua interposição (arts. 639 a 643)[3]. A Consolidação Ribas, de 1.876, por seu lado, era expressa em proibir embargos "de quaisquer despachos ou sentenças interlocutórias" (art.1.499). Essas características não variaram até o Código de 73, sendo certo que em toda essa história nunca esses embargos puderam produzir efeitos modificativos, ou seja,

[1] **Ordenações Afonsinas**, Livro III, título LXXVIII, n° 4, ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p.305.
[2] V.SILVA, Antonio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil.** Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000, p. 25-56.
[3] Idem, p.59.

alterar o conteúdo da sentença já proferida, o que deveria ser objeto ou de apelação ou de outras espécies de embargos, como os de restituição de menores. O Código de 73 inicialmente deles tratou em duas posições diferentes: nos arts. 464 e 465, dentro da disciplina dos *requisitos e dos efeitos da sentença de primeiro grau*, como um meio de correção dos seus defeitos; e nos arts. 535 a 538, como um *recurso* contra acórdãos de tribunais. Com isso satisfazia às duas correntes antagônicas: a dos que lhe negavam a natureza recursal, porque a impossibilidade de modificar a sentença significaria ausência de efeito devolutivo, essencial a qualquer recurso; e a dos que a defendiam. A reforma empreendida pela Lei 8.950/94 unificou o regramento do instituto no título dos recursos, revogando os arts. 464 e 465, e tratando em conjunto dos embargos contra sentença e contra acórdão nos arts. 535 a 538.

A disciplina consagrada na lei parecia deixar claro que a pretensão de esclarecimento ou complementação deveria cingir-se no primeiro grau de jurisdição às sentenças, ou seja, de acordo com o art. 162, §1°, na redação da época, às decisões que encerrassem o processo, com ou sem o julgamento do mérito, não obstante existissem divergências doutrinárias a esse respeito. Não caberia, nem haveria necessidade de prever a sua aplicação às decisões interlocutórias, que sempre poderiam ser esclarecidas, interpretadas ou complementadas pelo seu próprio prolator, enquanto não estivesse esgotada a sua jurisdição.

Coerente com essas características, reconhecia a doutrina, à falta de uma menção mais categórica do legislador, serem eles sempre dotados de efeito suspensivo, para que o cumprimento da decisão embargada, que sempre finalizava o processo ou um determinado incidente, e, portanto, sem prejudicar a continuidade do processo, ficasse sobrestado até que ela fosse esclarecida ou complementada.

Nos tribunais superiores, todavia, cabia estender os embargos declaratórios a qualquer acórdão, mesmo os que constituíssem meras decisões interlocutórias ou despachos ordinatórios, como os proferidos em agravos, porque em grau de recurso a jurisdição do tribunal se esgota no julgamento da matéria impugnada e delimitada pelo seu efeito devolutivo, não sendo o caso de poder o tribunal colegiado a qualquer tempo reapreciar a sua própria decisão para esclarecê-la ou complementá-la, a não ser nas raras causas da sua competência originária.

A evolução recente da jurisprudência e da doutrina a respeito desse instituto deturpou totalmente as suas características originais, transformando-o numa panacéia para

remediar situações irremediáveis e comprometendo gravemente a coerência do sistema recursal. Inicialmente a pretexto de corrigir simples erros materiais, passaram os tribunais a admitir embargos declaratórios com efeitos modificativos ou infringentes. Os erros materiais são simples defeitos de exteriorização dos atos processuais, sem qualquer reflexo no seu conteúdo, que podem ser corrigidos de ofício a qualquer tempo (CPC, art. 463). Sob a justificativa de supostos erros materiais, que na verdade constituíam erros de julgamento, propiciaram os embargos de declaração a modificação de muitas decisões, numa avaliação discricionária do julgador a respeito da gravidade do equívoco cometido. Posteriormente esses efeitos modificativos passaram a ser admitidos quando resultassem do reconhecimento da existência na decisão de omissão, obscuridade ou contradição, que são os fundamentos que a lei prevê para o acolhimento desses embargos. Mas essa orientação não é adotada em todos os casos. Observa-se claramente que os juízos e tribunais conferem aos embargos efeitos modificativos nos casos que consideram mais graves de erros ou injustiças na decisão. Há uma avaliação discricionária, extremamente nefasta, pela insegurança jurídica que gera, que vai desde a reforma do julgado até o não conhecimento dos embargos por incabíveis, com o risco da perda do prazo para a interposição de outro recurso ou a sujeição a multa por suposta intenção procrastinatória.

Também quanto às espécies de decisões embargáveis, a jurisprudência evoluiu bastante, passando a considerar abrangidas quaisquer espécies de decisão, sejam interlocutórias do juiz singular, sejam monocráticas dos membros de tribunais. Com isso, os prejudicados por qualquer decisão passaram a dispor de um instrumento de bloqueio do seu cumprimento imediato, pelo efeito suspensivo automático que os embargos produzem.

O resultado dessa evolução é o completo desmoronamento do sistema recursal. De um lado, os agravos contra as decisões interlocutórias não têm normalmente efeito suspensivo, mas os embargos declaratórios têm e, com a sua interposição, o vencido ganha um novo prazo para interpor o agravo, a partir da decisão nos embargos.

Por outro lado, observe-se que, paradoxalmente, enquanto a lei paulatinamente foi reduzindo o âmbito dos embargos infringentes, que são essencialmente modificativos, a jurisprudência foi ampliando o dos embargos de declaração *com efeitos infringentes*, que propiciam o reexame de qualquer decisão pelo órgão que a proferiu, a seu juízo discricionário.

Transformaram-se os embargos declaratórios em um novo juízo de retratação ou de reconsideração, à margem da lei e ao arrepio da disciplina dos demais recursos em espécie,

pois em alguns, como os agravos (art. 529) e em certos casos a apelação (arts. 285-A, § 1□, e 296), esse juízo de retratação já existe.

Na verdade, esse lamentável desvirtuamento dos embargos de declaração nada mais é do que o reconhecimento, pelo próprio Poder Judiciário, da má qualidade da justiça que vem sendo administrada no Brasil como conseqüência do alegado excesso de processos e de recursos. Reproduzo aqui, a esse respeito, o que escrevi há dez anos, quando se delineou a atual tendência de expansão dos embargos de declaração:

> Os embargos de declaração, filho espúrio da teoria dos recursos, até há pouco enjeitados pela falta ou exigüidade de efeito devolutivo, que é o produto mais valioso de qualquer meio de impugnação, revelaram repentinamente uma surpreendente vocação para roubar de outros institutos antes mais cotados a alcunha de remédio heróico, solução para os problemas insolúveis, fruto da virtude mais nobre que se pode desejar de um ser humano, a humildade de reconhecer publicamente o próprio erro e a coragem de corrigi-lo, mesmo com o sacrifício da própria reputação.
>
> Entretanto, esse raciocínio tão simples e tão ético seria incensurável, se a decisão que, apenas uma semana depois da anterior, desdisse tudo o que havia sido dito e desfez tudo o que havia sido feito, não tivesse subtraído do vencedor a vitória e dele retirado o bem ou direito que antes lhe havia reconhecido.
>
> Este, que adormeceu vencedor e despertou vencido, terá boas razões para acreditar que errada esteja a segunda decisão, e não a primeira, e que, ao invés de virtudes e heroísmo, o provimento dos embargos represente o fruto do arbítrio, da má-fé ou da insensatez.
>
> Mas ainda que todos, inclusive talvez o novo vencido, se convençam de que o provimento dos embargos corrigiu uma injustiça, restará a consciência dolorosa de que muitas outras terão se tornado incorrigíveis, pela não utilização ou pelo não provimento do mesmo remédio heróico, sujeito à interposição no prazo exíguo de cinco dias[4].

Lamentavelmente, não há perspectiva de que a incerteza reinante venha a ser proximamente equacionada, o que nos sujeita, em detrimento da continuidade e da celeridade do processo, a um processo frequentemente truncado que, em lugar de marchar rapidamente em direção ao seu fim, a todo momento caminha para trás, para que o mesmo julgador reaprecie decisões já adotadas. O projeto de novo Código de Processo Civil, oriundo do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, que atualmente tramita no Congresso Nacional, minora apenas em parte o problema, ao retirar o efeito suspensivo desses embargos. Entretanto, admite embargos declaratórios

[4] GRECO, Leonardo. Prefácio. In SILVA, Antonio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil.** Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000, p. xvii e xviii.

modificativos, limitando-se a condicioná-los à correção do vício de omissão, obscuridade ou contradição, mas não estabelece se essa modificação deverá ser necessariamente concedida ou não, o que poderá vir a ser interpretado como a manutenção do juízo discricionário da sua conveniência ou oportunidade, a critério do órgão julgador.

1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O artigo 535 do Código institui embargos declaratórios para a correção de omissão, obscuridade ou contradição em sentença ou acórdão. Sentença é qualquer decisão que encerra o processo ou a sua fase cognitiva. E acórdão é o nome das sentenças, decisões interlocutórias ou deliberações meramente ordinatórias proferidas pelos tribunais colegiados. Pelo princípio da taxatividade dos recursos, não caberiam embargos declaratórios contra as decisões interlocutórias dos juízes singulares, contra os seus despachos ordinatórios (art. 504) e contra as decisões monocráticas dos membros dos tribunais que não sejam sentenças, ou seja, que não encerrem o processo ou a sua fase cognitiva. Entretanto, parte da doutrina e a jurisprudência pacífica atual dos tribunais consideram impugnável por embargos declaratórios qualquer decisão, monocrática ou colegiada, de qualquer juízo ou tribunal.

A finalidade dos embargos declaratórios é a correção de omissão, obscuridade ou contradição existente na sentença ou acórdão, o que obriga o embargante a apontar algum desses defeitos e a sugerir de que modo deva ser corrigido.

A meu ver foi desnecessária a expansão recente e ao arrepio do princípio da taxatividade dos embargos declaratórios à impugnação de decisões interlocutórias, pois eventuais omissões, obscuridades ou contradições decorrentes dessas decisões, que não encerram o processo nem sua fase cognitiva, podem ser corrigidas por provocação a qualquer tempo do interessado em petição avulsa ou, até mesmo em muitos casos de ofício, sem suspensão do processo. Se a decisão interlocutória é omissa, sobre o ponto omitido não houve decisão e a matéria poderá ser objeto de futura apreciação; se é obscura ou contraditória, o juiz, a qualquer tempo, pode esclarecê-la, pois ela não encerrou o processo. Por exemplo: se a parte, na petição inicial, postula antecipação de tutela e requer a citação do réu por precatória, mas o juiz defere apenas o segundo requerimento, sem manifestar-se sobre o primeiro, essa omissão pode ser alertada ao juiz por simples petição, sem que ocorra preclusão. Pode também o juiz decidir a tutela antecipada em decisão posterior, pois

já requerida. Desse modo, evita-se que a oposição desnecessária dos embargos de declaração suspenda o processo e interrompa o prazo para outros recursos que possam ser cabíveis no curso do processo. Acredito, portanto, que a interpretação da lei nesse ponto deveria ser restritiva e rígida, não cabendo embargos contra decisão interlocutória, porque bloquear a continuidade do processo, impedindo a prática dos atos subseqüentes, é um efeito extremamente danoso. Todavia, não é esse o rumo pelo qual enveredou a nossa jurisprudência.

Já nos acórdãos dos tribunais, não cabe distinguir entre os que constituem sentenças e os que constituem decisões interlocutórias ou até mesmo simples despachos ordinatórios. Normalmente os acórdãos dos tribunais em agravos de instrumento, salvo quando extinguem o processo, são decisões interlocutórias. Estão sujeitos a embargos declaratórios como quaisquer outros acórdãos. O inciso I do artigo 535 não faz distinção entre acórdãos proferidos no curso do processo e aqueles que julguem a apelação. Serão em todos os casos cabíveis os embargos de declaração, inclusive naqueles em que o acórdão embargado reexamine uma decisão interlocutória.

Ainda cumpre analisar se cabem embargos de declaração contra os despachos unipessoais de membros dos tribunais. Ora, se esses despachos unipessoais encerram o processo ou a atividade cognitiva do processo, eles são sentenças e, portanto, comportam embargos de declaração. Assim, por exemplo, caberão embargos de declaração em face da decisão do relator que negar seguimento à apelação com base no artigo 557 do Código de Processo Civil. A meu ver, nesses casos, antes da interposição do agravo interno, poderá a parte interessada embargar de declaração a decisão do relator. A praxe forense mostra, inclusive, que os tribunais muitas vezes recebem esses embargos de declaração como se fossem agravo interno, com fundamento na fungibilidade dos recursos, o que não me parece correto, porque os juízos *ad quem* são diferentes: nos embargos de declaração é o próprio prolator do despacho que deverá, se for o caso, esclarecer ou complementar a sua decisão; no agravo interno, será o colegiado a que aquele estiver subordinado, que deverá reapreciar a sua decisão. Além disso, o pedido de esclarecimento ou de complementação da decisão pelo próprio prolator não se confunde com o pedido de reforma dessa decisão pelo colegiado.

Em suma, acredito que contra os despachos unipessoais dos membros dos tribunais que correspondam a decisões que encerram a atividade cognitiva do processo cabem também embargos de declaração.

2 – JUÍZOS *A QUO* E *AD QUEM* NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O juízo *a quo* nos embargos de declaração é o juiz que proferiu a sentença ou o órgão do tribunal que proferiu o acórdão. O juízo *ad quem* é igualmente o próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão cujo esclarecimento ou complementação se pede. Assim, percebe-se que nos embargos de declaração coincidem o juízo *ad quem* e o juízo *a quo*.

Trata-se do mesmo órgão jurisdicional, e não do mesmo juiz pessoa física. Assim, se os embargos forem opostos contra a sentença, poderão ser julgados por outro magistrado que ocupe naquele momento o órgão jurisdicional. É preferível que os embargos sejam julgados pelo mesmo juiz pessoa física, mas se o magistrado não está mais no exercício da função jurisdicional no órgão em que proferiu a decisão, ou se ele não tem mais jurisdição (em razão de aposentadoria, por exemplo), os embargos poderão ser julgados por outro juiz que se encontre em exercício no mesmo órgão jurisdicional. Nos tribunais, Barbosa Moreira recomenda que, se possível, o relator dos embargos seja o mesmo do acórdão embargado[5].

3 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

Os pressupostos específicos de admissibilidade dos embargos de declaração exigem que: (*a*) a decisão recorrida seja uma sentença ou um acórdão; e (*b*) o embargante indique na decisão ponto omisso, obscuro ou contraditório, cuja complementação ou esclarecimento requeira.

Quanto ao primeiro pressuposto, já nos manifestamos acima. A decisão embargada pode até mesmo ter sido proferida no julgamento de anteriores embargos declaratórios.

Com relação ao segundo, observe-se que o defini como a *alegação* pelo embargante de omissão, obscuridade ou contradição, cujo esclarecimento ou complementação seja necessário. O pressuposto de admissibilidade não é a *existência* na decisão de um desses defeitos, mas a sua alegação pelo embargante. A *existência* é o mérito dos embargos de declaração, mas para que eles sejam admissíveis basta que o embargante aponte qualquer

[5] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 560.

desses defeitos, ainda que o juiz ou tribunal venha a entender que tais vícios não existam. O clima de diálogo, que o contraditório participativo exige que se estabeleça entre o juiz e as partes, impõe que o litigante não se sinta temeroso de perder o prazo para um subseqüente recurso, se alguma dúvida assalta o seu espírito a respeito do teor ou alcance da decisão. O esclarecimento ou a complementação devem ser requeridos. Se o juiz ou tribunal entender que não há omissão, contradição ou obscuridade a prover, conhecerá dos embargos, mas os rejeitará ou negará provimento. Somente na hipótese de o embargante não ter alegado qualquer omissão, obscuridade ou contradição, se os embargos forem intempestivos ou se lhes faltar algum outro pressuposto geral, é que o juiz ou tribunal deverá formular um juízo de inadmissibilidade, caso em que, não conhecidos os embargos, não terão produzido o efeito suspensivo, nem interrompido o prazo para a eventual interposição de outro recurso. Poder-se-ia retrucar, nesse caso, que esse entendimento, bastante tolerante quanto ao juízo de admissibilidade, implicaria numa evidente *auto-legitimação*, ou seja, que bastaria ao embargante alegar a existência de um desses defeitos para ter o direito de provocar a suspensão do processo ou do cumprimento da decisão embargada, prejudicando, assim, a parte contrária. Quando a decisão embargada é monocrática, eventual abuso do embargante pode ser rapidamente remediado pela imediata decisão dos embargos. Mas quando ela é colegiada, seu julgamento vai depender de nova reunião do colegiado, o que pode bloquear por vários dias o cumprimento da decisão embargada. A rejeição monocrática dos embargos contra a decisão colegiada (CPC, art. 557), salvo nos casos de manifesta inadmissibilidade, como veremos adiante, é desaconselhada pela melhor doutrina, pois a necessidade de esclarecimento ou de complementação da decisão deve ser, se possível, apreciada pelo mesmo colegiado que a proferiu.

Seria possível instituir um limite a essa auto-legitimação por meio da razoabilidade. Se manifesta a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição ou a inconsistência da sua argüição, não seriam os embargos admissíveis. Mas a razoabilidade é um conceito relativamente indeterminado, cuja aplicação pode ser diversa por um ou outro julgador. E o nosso Código, diferentemente do que dispunha o Código de 39[6], atribuiu à sua falta uma conseqüência bem menos enérgica, qual seja, a imposição de multa pelo caráter meramente procrastinatório dos embargos (CPC, art. 538, parágrafo único). Assim, não vejo como

[6] Dispunha o § 5° do art. 862 do Código de 1.939: "§ 5° Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar."

fugir dessa auto-legitimação, sob pena de instituir o arbítrio e a insegurança jurídica na admissão ou inadmissão dos embargos. A única solução para esse problema virá com a aprovação do projeto de novo Código de Processo Civil oriundo do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, que retira o efeito suspensivo automático dos embargos declaratórios. Inverte-se o equacionamento do problema da razoabilidade da alegação. Normalmente, os embargos não terão o efeito de um instrumento de bloqueio. Poderá o relator conceder-lhes efeito suspensivo se demonstrada a razoável probabilidade do seu provimento, ou seja, se tiver consistência a alegação de omissão, obscuridade ou contradição. Se os seus fundamentos não tiverem essa mínima consistência, seguirão os embargos sem efeito suspensivo, sem prejudicar a continuidade do processo e a interposição de outros recursos eventualmente cabíveis.

Omissão é defeito de precisão da decisão, que consiste na ausência de pronunciamento do juiz a respeito de alguma questão, alegação, fato ou prova sobre o qual deveria ter-se pronunciado. Ela pode ocorrer em relação a questões preliminares ou de mérito, de fato ou de direito, que estão ou deveriam estar presentes na fundamentação ou no dispositivo. Ela pode dar causa a julgamento *citra petita* (CPC, art. 128), se ocorrer no dispositivo, e pode ter graves consequências especialmente para o réu, se algum fundamento relevante da sua defesa tiver deixado de ser apreciado (art. 474). O próprio juiz pode sofrer conseqüências desfavoráveis em decorrência de eventuais omissões, por força do artigo 133 do Código. É preciso observar que, muitas vezes, o juiz deixa de pronunciar-se sobre determinada questão, porque expressamente se debruçou sobre outra que guarda com a primeira uma relação lógica de prejudicialidade, de modo que no seu pronunciamento já se encontram implicitamente solucionadas ambas as questões, inexistindo omissão. Conforme já observei alhures[7], simples omissões do relatório não são passíveis de correção por embargos de declaração, se não tiveram qualquer repercussão na fundamentação ou no dispositivo. A omissão nas decisões interlocutórias muitas vezes ocorre sem que o interessado necessite interpor embargos de declaração porque, como acima exposto, a questão ficou implicitamente decidida, ou porque não ficou, mas nada impede que o juiz venha a decidi-la posteriormente através de outro provimento. A decisão interlocutória é diferente da sentença. Demos dois exemplos: se a parte requereu prova pericial e oral e o juiz no saneador deferiu apenas a prova oral, implicitamente indeferiu a prova pericial, porque o saneador é o momento processualmente adequado para a

[7] GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil; Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.332.

deliberação a respeito das provas a serem produzidas (art. 331, § 2°); se antes do saneador o autor requereu a antecipação da tutela e o juiz no saneador sobre ela não se pronunciou, apesar de ser esse o momento ideal para resolver todas as "questões processuais pendentes", pode ser que ainda não tenha o julgador se convencido de algumas das circunstâncias necessárias à concessão da medida, mas nem por isso a tutela poderá ser considerada implicitamente rejeitada, nem haverá necessidade de embargos de declaração, pois, de ofício, porque já anteriormente provocado pelo autor, ou mediante nova provocação deste em petição avulsa, poderá o juiz vir a apreciar a questão em outra decisão. É diferente quanto à sentença. Se até o advento da sentença final o juiz tiver deixado de examinar alguma questão anteriormente suscitada, e não sendo possível considerá-la implicitamente resolvida, no sentido que mais se harmonizar com o conteúdo da própria sentença, estaremos diante de verdadeira omissão. Como a sentença esgota o exercício da jurisdição pelo órgão julgador, esse poder somente poderá voltar a ser exercido se contra ela for interposto algum recurso. Daí a conveniência de prever embargos de declaração contra a sentença e a sua desnecessidade em relação a decisão interlocutória do juiz singular. Barbosa Moreira recorda, com propriedade, que não existe omissão a ser suprida por embargos declaratórios, se a apreciação de determinada matéria dependia de provocação da parte, que não ocorreu[8]. Assinale-se, todavia, que a omissão existe se a parte arguiu determinada questão ou determinado argumento e a decisão não o apreciou. Consoante temos acentuamos, o dever de fundamentação das decisões judiciais não se esgota em simples discurso justificativo *ex post* que, ainda que coerente, não dê resposta a todas as alegações das partes. Se as alegações são relevantes, devem ser respondidas. Se não o são, o julgador deve informar porque as considerou irrelevantes[9]. Hipótese muito frequente de embargos declaratórios fundamentados em omissão da decisão são os interpostos para caracterizar o requisito do prequestionamento da questão de direito federal na admissão do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Obscuridade é a falta de clareza que impede a compreensão exata do conteúdo da decisão e pode ocorrer no exame de questões de fato ou de direito, processuais ou de mérito, tanto as contidas na fundamentação, como no dispositivo.

[8] Ob. cit., p.554.
[9] **Instituições, vol. II**, pp. 332-334.

Antes da reforma promovida pela Lei 8.950/94, o Código de Processo Civil se referia a "dúvida ou obscuridade". Contudo, o artigo 535 foi alterado de modo a eliminar a palavra *dúvida*. Os tribunais, após a referida alteração legislativa, seguindo uma tendência formalista na interpretação das regras do sistema recursal, em muitas decisões deixaram de conhecer de embargos de declaração porque o embargante alegava uma "dúvida" na compreensão da decisão embargada. Em minha opinião, o não conhecimento nesses casos foi um exagero, pois *dúvida* é efeito, enquanto *obscuridade* é causa, não constituindo fundamentos diferentes.

Contradição é a existência de pronunciamentos supostamente antagônicos ou incompatíveis e também pode ocorrer em questões de qualquer natureza, enfrentadas na fundamentação ou no dispositivo. A contradição que pode ser corrigida por embargos de declaração, sem efeitos modificativos, é apenas aquela que deriva de simples defeito de clareza, gerado pela linguagem em que se dá a exteriorização da decisão. Se a contradição for real e o julgador a constatar, para corrigi-la, deverá dar efeitos modificativos aos embargos, alterando no todo ou em parte a fundamentação ou o dispositivo. Quando ainda não se admitiam, como a meu ver não deveriam ser admitidos, embargos declaratórios modificativos que, além da taxatividade, violam os princípios da diversidade do órgão e da unirrecorribilidade, era meu entendimento o de que em caso de contradição real, o julgador, apesar de reconhecê-la, deveria rejeitar os embargos declaratórios, patenteando a nulidade da decisão e ensejando a sua reforma por meio de algum outro recurso subsequente[10].

A ementa, que é o resumo do acórdão, e que atualmente o integra (art.563), enseja algumas questões relativas à admissibilidade dos embargos de declaração. Para equacioná-la, temos de definir se a ementa é requisito essencial, integrante do conteúdo necessário da decisão, ou simples requisito útil, que visa a facilitar a sua divulgação e compreensão. No primeiro caso, a sua falta ou a sua imperfeição poderiam constituir nulidades supríveis por meio de embargos de declaração. Barbosa Moreira parece abraçar esse entendimento, admitindo embargos de declaração por falta de ementa (omissão) e de contradições de afirmações desta com as constantes do acórdão ou, até mesmo, entre duas ou mais afirmações da própria ementa[11]. Divirjo. A ementa foi criada para facilitar a divulgação e a

[10] No sentido de admissão de efeitos modificativos para solucionar contradição já se manifestara, na vigência do Código de 39, Luís Machado Guimarães, por muitos considerado o maior processualista brasileiro do seu tempo, citado por José Carlos Barbosa Moreira (ob.cit., p.562, nota 31).
[11] Ob. cit., p.556-557.

publicação dos acórdãos, sem influir no seu conteúdo. Sua elaboração nos tribunais está habitualmente confiada a auxiliares dos julgadores, que extraem das decisões as proposições que consideram mais importantes, sem outra preocupação que não seja a de facilitar a comunicação social da decisão ou a sua publicação. Se a ementa integrasse a decisão, deveria ser exposta, discutida e votada junto com ela. Trata-se de requisito útil, não necessário da decisão, não integrando o conteúdo do ato de vontade do Estado. Se omissa, obscura ou contraditória, pouco importa. A clareza e precisão do acórdão devem ser buscadas no seu próprio teor e não na ementa. Reconheça-se, entretanto, que há acórdãos tão pobres de fundamentação que o intérprete tenta encontrar na ementa meios de compreendê-lo. Nesse caso, a obscuridade é do acórdão, e não da ementa. Mas se o acórdão for absolutamente claro e preciso e a ementa dele divergir, não há o que complementar ou esclarecer. Vale o acórdão.

Importante é observar que a omissão, a obscuridade ou a contradição apontadas pelo embargante devem ser defeitos da própria decisão embargada. A omissão de apreciação de uma questão anteriormente preclusa, a contradição da decisão com outra anterior do mesmo ou de outro juízo ou com algum fato do próprio processo, não são defeitos supríveis por embargos de declaração. Podem constituir erros de julgamento, corrigíveis por outros meios, por outros recursos, ou, em certos casos, por ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória.

É preciso destacar que não é necessária a sucumbência para haver interesse na oposição dos embargos de declaração, pois a alegação de falta de clareza já é um prejuízo *de per si*; a parte não precisa ter tido seu pedido rejeitado para interpor tal recurso.

4. EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Como os embargos de declaração visavam apenas a completar ou esclarecer a decisão embargada, não se prestando ao reexame daquilo que fora decidido, alguns autores, que relacionam o efeito devolutivo à possibilidade de alteração da decisão por um órgão jurisdicional diverso, entendiam que os embargos declaratórios possuiam apenas efeito suspensivo. Acredito, porém, que, seguindo esse raciocínio, teríamos de questionar se os embargos de declaração são ou não recurso.

A redação original do Código de Processo Civil de 1.973 evitou essa celeuma: tratou dos embargos de declaração contra sentença no Capítulo da própria sentença (Livro I, Título VIII, Capítulo VIII) e dos embargos de declaração contra acórdãos dos tribunais no Título destinado aos recursos (Livro I, Título X, Capítulo V), atendendo, assim, tanto àqueles que entendiam que os embargos de declaração são um recurso, como àqueles que lhe negavam essa natureza.

Com a reforma promovida pela Lei 8.950/94, foram revogados os artigos 464 e 465, que tratavam dos embargos de declaração contra sentença, e o Código passou a tratar dos embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos artigos 535 a 538, localizados no título dos recursos.

Na Europa, existem sistemas processuais que não consideram institutos correspondentes aos nossos embargos de declaração um recurso, mas um incidente de interpretação ou esclarecimento da decisão, sem caráter de recurso[12]. No sistema brasileiro, entretanto, eles são um recurso e, por isso, com efeito devolutivo. O conceito de efeito devolutivo no nosso sistema é mais amplo do que o adotado em outros sistemas, significando o poder de reexaminar a decisão e voltar a pronunciar-se sobre a causa ou sobre determinada questão, não necessariamente por órgão diverso e com o poder de alterar a decisão. Os embargos de declaração também devolvem ao juízo *ad quem*, que é o próprio juízo *a quo*, o reexame da decisão, com a peculiaridade de ser nesse caso um reexame limitado, porque, em regra, não pode acarretar a reforma ou a modificação do conteúdo da decisão, restringindo-se ao seu esclarecimento ou complementação. Entretanto, como já vimos, em caráter absolutamente excepcional, no seu julgamento, como conseqüência da complementação da decisão no ponto omisso ou do esclarecimento da obscuridade ou da contradição, o julgador altera ou modifica a decisão embargada. Nesses casos, pode dizer-se que os embargos perdem o seu originário caráter de instrumento integrativo da decisão embargada, interpretando-se o teor da sua decisão conjuntamente com aquela, para adquirirem autonomia como provimento jurisdicional dela desvinculado e, muitas vezes, com ela incompatível.

Com essa nova dimensão do efeito devolutivo dos embargos de declaração, cumpre examinar se neles poderá o embargante alegar as matérias de ordem pública previstas no § 3º, do artigo 267, do Código de Processo Civil, como a falta de condições da ação ou de

[12] V., por exemplo, o art. 669□ do Código de Processo Civil português e o § 320 do Código de Processo Civil alemão.

pressupostos processuais. A doutrina dominante sustenta que tais matérias podem ser alegadas em sede de recursos ordinários, de modo que constituiriam uma exceção à vedação aludida.

Contudo, entendo que o juiz não pode conhecer das referidas matérias em sede de embargos de declaração, salvo se puderem ser apreciadas como conseqüência da omissão, da obscuridade ou da contradição da decisão apontadas pelo embargante.

Em resumo, pode dizer-se que os embargos de declaração têm efeito devolutivo, porque devolvem ao juízo o poder de reexaminar sua decisão. Contudo, esse reexame não confere ao juiz o poder de alterar a decisão, mas apenas de esclarecê-la ou complementá-la, salvo se o suprimento da omissão ou a correção da obscuridade ou contradição o exigirem.

Ainda deve ser analisado o efeito *suspensivo* dos embargos de declaração (CPC, art. 538). De acordo com o pressuposto da singularidade ou da unirrecorribilidade dos recursos, em regra, qualquer decisão é impugnável somente por um único recurso. Contudo, uma das exceções ao aludido pressuposto é justamente a possibilidade de interposição contra a mesma decisão de embargos declaratórios e de outro recurso. Imagine-se, por exemplo, o caso de uma sentença obscura, contraditória ou omissa, que seja desfavorável ao autor da ação. Ele poderá apelar desde logo, mas também poderá pedir ao juiz que a proferiu que primeiro esclareça o ponto obscuro ou omisso. Opostos os embargos de declaração, será possível, após a publicação da decisão dos embargos, interpor a apelação, cujo prazo de interposição restou interrompido pela oposição dos embargos (CPC, art. 538).

Embora a lei processual seja omissa, a caracterização desses embargos como um recurso ordinário, levou a que a doutrina e a jurisprudência sempre lhe atribuíssem o efeito de suspender o cumprimento da decisão embargada ou a produção dos seus efeitos. A justificativa para esse entendimento é o de que, reinando alguma incerteza sobre o teor ou o alcance da decisão, não deve ela ser executada, nem deve o processo ter continuidade sob o a sua égide, enquanto não esclarecida ou complementada por meio da apreciação dos embargos declaratórios. Essa orientação, aparentemente correta, é absolutamente imprópria e cruel nos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, porque acaba por propiciar a interposição desse recurso com intuito manifestamente procrastinatório, como instrumento de bloqueio da continuidade do processo ou do cumprimento da decisão, mesmo inexistindo qualquer probabilidade do seu provimento.

Nos juizados especiais cíveis (Lei n. 9.099/95), priorizando a celeridade processual, a lei dispôs que a oposição de embargos de declaração *suspende* o prazo para recurso (art. 50), o que significa que, publicada a sua decisão, retoma o seu curso o prazo para a interposição do outro recurso cabível, pelo tempo que sobejar.

Já na sistemática do Código de Processo Civil, de acordo com o artigo 538, os embargos de declaração *interrompem* o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Portanto, não apenas o embargante, mas também o seu adversário ou qualquer outro litigante, e até mesmo um terceiro, ganharão um novo prazo integral para interpor o outro recurso cabível contra a mesma decisão, a partir da publicação da nova decisão que julgar os embargos de declaração o que, sem dúvida, como já observado, facilita a sua utilização como instrumento procrastinatório ou de bloqueio.

Para tentar coibir o abuso no seu manuseio, dispôs o parágrafo único do artigo 538: "quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo". A parte final desse dispositivo foi introduzida pela Lei 8.950/94.

Em minha opinião, condicionar a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa é inconstitucional, porque assim se institui um obstáculo econômico ao exercício do direito de recorrer, que nada mais é do que uma das expressões do direito de ação, constitucionalmente assegurado.

A Medida Provisória 2.180-35/2001 dispensou as pessoas jurídicas de direito público do pagamento dessa multa, introduzindo em nosso ordenamento mais um privilégio em benefício da Fazenda Pública.

Como os prazos para a interposição dos embargos declaratórios e de qualquer outro recurso fluem simultaneamente e a interrupção do prazo para outros recursos somente ocorre a partir do oferecimento dos primeiros, é freqüente que, no momento em que apresentados os declaratórios, já tenha sido interposto outro recurso contra a mesma decisão. Parece-me que, nesse caso, deve ficar sobrestado o processamento desse outro recurso enquanto pendentes os embargos de declaração, retomando-se o seu curso a partir da publicação da decisão nos embargos, salvo se a matéria dessa outra impugnação tiver sido integralmente equacionada com o provimento dos embargos de declaração. Caso

contrário, para evitar eventual não conhecimento do recurso anteriormente interposto, será prudente reiterá-lo no novo prazo contado a partir da publicação da decisão nos embargos de declaração.

5. FACULTATIVIDADE OU OBRIGATORIEDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração são, em regra, um recurso facultativo. Se no caso concreto existir outro recurso de efeito devolutivo mais amplo que possa ser interposto contra a mesma decisão, não é preciso opor embargos de declaração, bastando alegar-se a ausência de clareza, obscuridade ou contradição da decisão recorrida nesse outro recurso.

Entretanto, os embargos de declaração são necessários para assegurar o prequestionamento das questões de direito federal, constitucionais ou infra-constitucionais, como pressuposto de admissibilidade, respectivamente, dos recursos extraordinário e especial, quando omitidas no acórdão recorrido, pois, não são considerados admissíveis estes últimos recursos quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão de direito federal em que se fundamentam (Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal).

A súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, que complementa a de n° 282, também ressalta a importância da oposição dos embargos declaratórios para a interposição desses recursos excepcionais, estatuindo que "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos os embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". A partir da Constituição de 1988 e da instalação do Superior Tribunal de Justiça esse entendimento se estendeu à admissibilidade do recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido corretamente que a interposição de embargos declaratórios para assegurar o preenchimento do requisito do prequestionamento da questão de direito federal não pode ser censurada como procrastinatória (Súmula 98).

Entretanto, esse mesmo tribunal passou a ser muito mais rigoroso do que outrora o Supremo Tribunal Federal no preenchimento do requisito do prequestionamento por meio da interposição dos embargos de declaração. Contentava-se a Corte Suprema com o chamado *prequestionamento implícito*. Se a decisão impugnada não cuidava da questão relativa à vigência, à aplicação ou à interpretação da norma de direito federal apontada como violada, o Supremo Tribunal Federal considerava preenchido o requisito do

prequestionamento se interpostos embargos declaratórios contra essa decisão, desde que a matéria tivesse sido anteriormente suscitada no processo, ainda que o acórdão nos embargos declaratórios continuasse a omitir a sua apreciação.

Evoluindo no sentido de uma exacerbação exagerada desse requisito, veio o Superior Tribunal de Justiça a consagrar no verbete n° 211 da sua Súmula a exigência do chamado *prequestionamento explícito*, segundo o qual é inadmissível "recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". Não está ao alcance do vencido obrigar o Tribunal *a quo* a pronunciar-se sobre questão que este considera incabível ou a cujo respeito é seu entendimento que não ocorreu uma omissão indevida.

Nesse caso, exige o STJ que o vencido, após o não provimento dos seus embargos declaratórios, interponha recurso especial alegando não a violação da lei federal que entenda ter sido vulnerada pela decisão recorrida, mas a do art. 535 do Código de Processo Civil, que teria sido violado por não ter sido suprida a omissão a que estaria obrigado o Tribunal *a quo*.

Se o Tribunal Superior entender que o juízo de origem deveria ter suprido tal omissão, dará provimento ao recurso especial para determinar que os autos voltem àquela instância para que sejam novamente julgados os embargos declaratórios na forma da lei. É uma incrível e desnecessária perda de tempo, pois, ainda que o Tribunal *a quo* venha então a pronunciar-se sobre a referida omissão, o que nem sempre acontece, mantendo a decisão embargada, novo recurso especial terá de ser interposto para o que o STJ reaprecie essa questão.

O Supremo Tribunal Federal, embora em geral menos rigoroso do que o Superior Tribunal de Justiça quanto à necessidade de prequestionamento explícito, em algumas decisões também o tem acolhido, exigindo que, na negativa do Tribunal *a quo* em examinar nos embargos declaratórios a questão constitucional sobre a qual o embargante alega ter ele incorrido em omissão, interponha o recorrente recurso extraordinário alegando a negativa de prestação jurisdicional, ou seja, a violação do artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também assentou, através de sua súmula 320, que a questão federal ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Tal posicionamento exige que a parte, caso deseje interpor recurso extraordinário ou especial, oponha primeiramente embargos de declaração para provocar a

manifestação dos demais julgadores a respeito da referida questão. Caso a obscuridade, a contradição ou a omissão persistam, deve ser interposto o recurso especial por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

As súmulas brevemente examinadas mostram como é importante o prequestionamento para efeito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário e, consequentemente, a oposição de embargos declaratórios quando a decisão contra a qual se quer interpor aqueles recursos não tratou da questão relativa à vigência, aplicação ou interpretação da lei federal ou da Constituição, conforme o caso.

Cabe observar, por fim, que a oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores não implica o dever do tribunal de manifestar-se sobre toda e qualquer questão que o embargante venha nesse momento a suscitar. Não servem esses embargos declaratórios para arguir *ex novo* matérias não anteriormente propostas. Os embargos movidos para esse fim não se distanciam das hipóteses previstas no artigo 535 – omissão, obscuridade e contradição – e, portanto, somente deverão ser acolhidos se a decisão efetivamente deixou de enfrentar um ponto sobre o qual deveria ter-se pronunciado, porque já debatido nas instâncias anteriores ou imperiosa a sua apreciação de ofício e, portanto, pendente de julgamento no tribunal de origem na ação, incidente ou recurso que lhe cabia decidir.

6. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Por expressa disposição da lei, os embargos declaratórios não estão sujeitos a preparo (CPC, art. 536). Assim, a parte que os opuser está dispensada do pagamento de custas, assim como acontece com o agravo retido (art. 522, parágrafo único).

Os embargos de declaração devem ser opostos, em regra, no prazo de cinco dias, com a necessária indicação do ponto omisso, obscuro ou contraditório, devendo ser julgados em igual prazo (CPC, art. 536). Tratando-se de embargos opostos a decisão colegiada de um tribunal, o relator os apresentará *em mesa*, ou seja, os levará a julgamento na primeira sessão seguinte à sua interposição, independentemente da sua inclusão em pauta, proferindo voto. Não haverá oportunidade de oferecimento de contrarrazões pelo recorrido, nem sustentação oral pelos advogados (CPC, 537).

Essas duas últimas características, assim como o seu julgamento sem a prévia publicação da pauta, constituem limitações irrazoáveis às garantias constitucionais do

contraditório e da ampla defesa. Minorando em parte esse déficit garantístico, o Supremo Tribunal Federal fixou, entretanto, que se os embargos tiverem efeitos modificativos, deverá ser assegurada a oportunidade de oferecimento de contrarrazões ao adversário do embargante, em respeito ao princípio do contraditório. Na verdade, essa possibilidade, juntamente com a inclusão dos embargos na pauta do órgão julgador e a publicação desta, assim como a garantia aos advogados da apresentação de sustentações orais no julgamento, deveriam ser asseguradas em todas as espécies de embargos de declaração.

Nos embargos de declaração contra acórdão de tribunal colegiado, não é admissível o seu julgamento monocrático pelo relator, com a invocação do disposto no artigo 557 do CPC, seja para negar-lhe seguimento, seja para dar-lhe provimento. A vinculação desses embargos à constatação da existência de omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada impõe que essa verificação seja necessariamente procedida pelo próprio colegiado que proferiu a decisão. Somente poderia ser admitido o julgamento monocrático, no sentido da negativa de seguimento, se verificada a intempestividade da sua interposição ou a sua inadmissibilidade pela ausência de alegação de qualquer omissão, obscuridade ou contradição.

A LEGITIMIDADE PASSIVA DO SUPERINTENDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Lucas de Lima Carvalho

Advogado tributarista, MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro, professor de Direito Tributário, Inglês Jurídico Instrumental e Contratos em Inglês Jurídico pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Estado do Ceará (Fesac) e pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

Resumo: Como garantia de acesso dos contribuintes à justiça e em homenagem ao princípio da celeridade processual, surge o mandado de segurança coletivo na Constituição de 1988. Em sua formação, destaca-se o questionamento sobre a legitimidade passiva de autoridade hierarquicamente superior ao agente coator, mas com capacidade de informar o juízo e corrigir o ato impugnado: é o caso do Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil, a quem se subordinam os Delegados da Receita Federal do Brasil. Diante da oposição jurisprudencial que se avoluma, reiteram-se a simplicidade e a eficiência do *mandamus* coletivo no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Abstract: As a guarantee to taxpayers of access to justice and in respect to the principle of procedural celerity, comes the class writ of mandamus in the Constitution of 1988. One of the disputes about its formation lies in the passive legitimacy of the authority hierarchically superior to the enforcing agent, but with ability to inform the Court and correct the administrative act in question: this is the situation with the Regional Superintendent of Receita Federal do Brasil, to whom are subordinates the Officers of Receita Federal do Brasil. Since there seems to be a growing opposition to this attribution of legitimacy in judicial decisions, the simplicity and efficiency of the class writ of mandamus in the Brazilian Legal System must be highlighted in face of the arguments against a more purpose-oriented approach to the due process of law.
Palavras-Chave: Legitimidade Passiva. Mandado de Segurança Coletivo. Superintendente. Receita Federal.

Keywords: Passive Legitimacy. Class Writ of Mandamus. Superintendent. Receita Federal do Brasil.

Sumário: *1. Introdução; 2. Aspectos Relevantes do Mandado de Segurança Coletivo; 3. O Papel da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança em Matéria Tributária; 4. A Subordinação dos Delegados da Receita Federal do Brasil aos Superintendentes da Receita Federal do Brasil; 5. A Peculiaridade do Mandado de Segurança Coletivo; 6. Conclusão; Referências.*

1- **Introdução**

Guarda o contribuinte amargas lembranças do dia em que passou a vigorar no Ordenamento Jurídico brasileiro a Lei Complementar nº 118/2005. A partir desse instante, cinco anos de tributos pagos indevidamente seriam propriedade definitiva dos cofres públicos. O artigo 3º do referido diploma, sob a pecha de mera interpretação normativa, impediu aos sujeitos passivos qualquer resposta à altura: assistimos, como alunos egressos de um difícil exame, à gentil explicação de que tínhamos estudado por livros viciados. Em suma, estávamos fadados à reprovação.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça interpretou o artigo 3º conforme a Constituição Federal. Sua conclusão renovou as esperanças dos contribuintes e, ao mesmo tempo, lançou um verdadeiro ultimato:

> Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal – regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada" (STJ, REsp 1002932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 dez. 2009).

De acordo com a redação do *decisum*, resta evidente que, sob a égide da "cognominada tese dos cinco mais cinco", 08 de junho de 2010 seria o último dia para ajuizamento de qualquer ação destinada à restituição pelo prazo decenal de tributos lançados por homologação e pagos indevidamente. Gratos pela sobrevida que lhes foi outorgada, os contribuintes foram ao Judiciário munidos de declarações de inconstitucionalidade, condenações por abuso de poder, dentre outras ferramentas. Ora o pleito restitutivo foi formulado em ação ordinária, ora a providência foi requestada pela via mandamental. Ainda, determinados interessados, visto que agremiados sob organização sindical ou associativa, escolheram a impetração de mandado de segurança coletivo como expediente hábil à repetição do indébito tributário.

O reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 foi quase universal. Para os sindicatos ou as entidades associativas que impetraram mandado de segurança coletivo em nome de contribuintes de tributos federais cobrados indevidamente, contudo, houve surpresa: processos foram extintos sem resolução

de mérito, posta a ilegitimidade passiva *ad causam* do Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil. O entendimento foi confirmado em segunda instância[1] e conta com o suporte do próprio Superior Tribunal de Justiça.[2]

Importa destacar a consequência natural dessas extinções: perda do prazo para repetição de indébitos referentes aos cinco anos anteriores à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005. Para além do marco exemplar, numerosas demandas contra a União Federal seriam forçadas a danoso reinício. Indaga-se, por conseguinte, se procede o raciocínio que, para além de extinguir o feito ou mesmo corrigir a indicação inaugural, não confere legitimidade passiva *ad causam* para o Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil nesses mandados de segurança coletivos.

2- Aspectos Relevantes do Mandado de Segurança Coletivo

Dentre as numerosas inovações trazidas pela Carta de 1988, destaca-se a instituição do mandado de segurança coletivo, previsto como garantia fundamental em seu artigo 5º, inciso LXX. Essa espécie de provimento jurisdicional pode ser requestada por "partido político com representação no Congresso Nacional" ou por "organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados". Sobre o remédio constitucional, preceitua o eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux (2010, p. 134):

> Assim, a concepção mandamental coletiva decorre do direito transindividual objeto da tutela jurisdicional. Na lição da doutrina da coletivização das demandas, interesse coletivo é a "síntese de interesses individuais", uma realidade nova, "um ideal coletivo" diferente do interesse pessoal do grupo ou da soma dos interesses individuais, que se situam em segundo plano, em prol do interesse da coletividade.
> [...]
> O ato ou a omissão, tal como no *mandamus* individual, podem derivar de autoridade ou de qualquer dos três Poderes. Portanto, atos de autoridade decorrentes de delegação não se afastam da esfera de proteção do *writ* constitucional, como, v.g., do diretor de uma escola particular que se nega, injustificada e ilegitimamente, a matricular alunos provenientes do ensino público.

Liquidez e certeza não bastam para o sucesso da providência pleiteada no *mandamus* coletivo: é necessário que o direito a ser chancelado aproveite de forma

[1] TRF – 05ª Região, AMS 101863/PB, Rel. Des. Fed. Marco Bruno Miranda Clementino, Quarta Turma, DJ de 28 jul. 2008.
[2] STJ, AgRg no RMS 27578/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Turma, DJe de 17 ago. 2009.

equânime a uma coletividade de interessados.[3] Quer a resposta do Poder Judiciário corresponda precisamente ao desejo dos beneficiários, quer tal provimento se amolde às peculiaridades de cada tutelado,[4] permitida é a utilização do mandado de segurança coletivo nos termos da Lei nº 12.016/2009. Seu artigo 21 repete as lições da doutrina processual civil:

> Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.
> Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
> I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
> II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Tomando a sentinela dos interesses comunitários estão os quatro legitimados ativos *ad causam* do mandado de segurança coletivo, todos mencionados nas duas alíneas sob o inciso LXX do artigo 5º da Carta Cidadã. Quanto ao sindicato e à entidade de classe ou associativa "em funcionamento há pelo menos um ano", a legitimidade que se atribui é extraordinária.[5] O pleito é formulado em nome próprio, embora referente a direito de outrem – a modalidade *sui generis* de substituição processual é outra das homenagens que presta a hermenêutica constitucional à instrumentalidade das formas (ROCHA, 2002, p. 38), à simplicidade elementar do expediente brasileiro.

[3] Em reiterada alusão ao Código de Defesa do Consumidor, Fredie Didier Jr. separa em categorias os direitos coletivos *latu sensu*. Ao contrário dos direitos difusos – referentes a um todo indiviso e indeterminado de titulares – e dos direitos individuais homogêneos – caracterizados pela especificidade de sua tutela diante da coleção dos envolvidos num mesmo interesse processual –, os direitos coletivos *strictu sensu* se enraízam numa relação jurídica comum e pretérita a qualquer demanda conjunta (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2008, pp. 75-78).

[4] TRF – 01ª Região, AMS 42488/DF, Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias, DJ de 09 nov. 2007.

[5] É pacífica no Supremo Tribunal Federal a reputação de entidades associativas como substitutas processuais – MS 22132-1/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.10.1996. A dúvida se instaurou em razão da defesa fiscal que atribuía ao inciso XXI do artigo 5º (enunciado genérico) a aplicação que era reservada ao inciso LXX do mesmo artigo do texto maior. A legitimidade ativa *ad causam* das associações se viu tolhida, contudo, pela edição da Medida Provisória nº 1.984-22/2000, que acrescentou à Lei nº 9.494/1997 o artigo 2º-A. O caráter especial e posterior da nova Lei do Mandado de Segurança, que não reconhece imprescindibilidade à ata autorizadora e à relação nominal e com endereços dos associados, tornaria inaplicável, no entender de TAVARES, o artigo emanado da medida executiva (2009, p. 174).

A julgar pela redação propedêutica do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, seria o mandado de segurança movido contra "autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Tal incongruência, dada a inadequação desse raciocínio à responsabilidade objetiva de que se reveste o Estado[6] – titular último e originário do abuso de poder contra o qual se insurgem os impetrantes – e evidentes as garantias técnicas que lhe estendem os artigos 131 e 132 do texto maior, não merece qualquer guarida interpretativa. Por todos, vejamos a lição de André Ramos Tavares (2009, pp. 67-68):

> A relação jurídico-processual se integra entre o impetrante e a pessoa de Direito Público envolvida; não se perfaz entre impetrante e autoridade coatora.
> Em virtude da posição não passiva da autoridade coatora, o impetrante não deve iniciar a demanda em face de determinado agente, contra alguma pessoa natural específica, mas sim contra o órgão estatal, representado, em determinado momento e ato, por um agente, por uma autoridade, que haverá de ser indicada como a autoridade coatora. A identificação desta, na relação jurídica do autor, é irrelevante.
> Até porque a pessoa jurídica deve estar necessariamente envolvida para que da ação possa resultar prejuízo, vale dizer, sucumbência do Poder Público. Os administrativistas lembram que há uma relação orgânica, que permite a imputação direta ao Estado dos atos praticados por seus agentes e órgãos, quando praticados em nome daquele. Nesse sentido, aliás, foi o critério adotado e a preocupação expressada pelo art. 2º da Lei 12.016/2009, ao determinar que a autoridade será federal (para fins de fixação de competência) se as consequências de ordem patrimonial resultantes da ação houverem de ser suportadas pela União ou entidade por esta controlada.

A menção à legitimidade passiva *ad causam* de tal ou qual autoridade administrativa em sede de mandado de segurança, por conseguinte, se traduz na legitimidade de figurar como autoridade indicada pelo impetrante na peça primeira do remédio constitucional. Para identificar o agente coator, basta ao prejudicado apontar quem praticou o ato que se procura impugnar ou de quem partiu a ordem para sua prática. Curial salientar que a complexa estrutura administrativa não deve servir de pretexto para a inadmissibilidade do remédio constitucional,[7] razão que permite ao magistrado, em face da peculiaridade de cada situação, requerer emenda à petição inicial para remeter o *mandamus* ao seu devido receptor, à autoridade diretamente vinculada ao ato resistido. Essa é a lição

[6] Citando Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello ressalva à responsabilização objetiva do ente público o rol de condutas comissivas por parte de seus agentes. "Consiste em *ato comissivo*, positivo do agente público, em nome do e por conta do Estado, que redunda em prejuízo a terceiro, conseqüência do risco decorrente de sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral" (MELLO, O. A., 2007, p. 487 *apud* MELLO, C. A., p. 1022).

[7] STJ, RMS 26230/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. DJ de 22 set. 2008. TRF – 02ª Região, AMS 200851010044331/RJ, Rel. Des. Fed. Salete Maccaloz. DJ de 12 maio 2010, p. 269.

tradicional da doutrina processualista, repetida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. CORREÇÃO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.
> 1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.
> 2. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.
> 3. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.
> 4. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta.
> 5. A nulidade processual que deve conduzir à nulificação do processo com a sua extinção sem resolução do mérito, deve ser deveras significativa de modo a sacrificar os fins de justiça do processo. É que o processo é instrumento de realização de justiça e não um fim em si mesmo, por isso que não se justifica, em prol da questão meramente formal, sacrificar a questão de fundo e deixar ao desabrigo da coisa julgada o litígio, fator de abalo da paz e da ordem social (STJ, AgRg no Ag 1076626/MA, Rel. Min. Luiz Fux. DJ de 29 jun. 2009).

A problemática se estende para o mandado de segurança coletivo, providência que comumente endereça a impugnação para uma coletânea de atos ou de ameaças administrativas. Suponhamos que determinado sindicato de abrangência nacional formule pleito de declaração da inexigibilidade do recolhimento de contribuição previdenciária com supedâneo inconstitucional. O pedido, verdadeira emergência para diversos interessados, se unifica nas mãos da organização sindical. Quando da unificação relativa à autoridade indicada para prestar informações, surge o dilema: não há um agente fiscal que se encontre na direta responsabilidade de cobrança das exações indevidas perante todos os sindicados.

Na evidência de tal empecilho, e de forma a privilegiar o princípio da celeridade processual,[8] elege a inauguratória aquele agente que, situado em posição hierarquicamente superior, possui aptidão para corrigir eventuais ilegalidades perpetradas pela autoridade subalterna. Conosco, *ex vi* do artigo 5º, do artigo 6º, do artigo 190, do artigo 223, do artigo 278, inciso VI e do artigo 292, inciso I do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB),[9] a indicação teria de ser destinada ao Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil – sob cujas ordens se encontram os diversos Delegados da Receita Federal diretamente responsáveis pelos atos ou pelas ameaças que compõem a causa de pedir do *mandamus* coletivo. Dada escolha permitiria salvaguarda aos direitos de uma porção de interessados, cada qual sob as ordens de alçada administrativa distinta.

Ocorre que a indicação do Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil tem sido rechaçada por alguns Tribunais naqueles casos em que Delegados individuais – e não a autoridade hierarquicamente superior – detenham o poder imediato de produção, execução ou correção do ato impugnado pela via mandamental. Se o agente apontado não vier aos autos do *mandamus* com o intuito de defender o mérito da impugnação,[10] resta ilegítimo para figurar no pólo passivo da causa. Nesse sentido, os seguintes acórdãos:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL EM MINAS GERAIS: INCOMPETENTE PARA REVER O ATO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC).
> 1. Autoridade coatora, para os efeitos do mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato impugnado, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade.
> 2. A indicação de autoridade sem competência para a revisão do ato impugnado implica a extinção do feito, sem julgamento do mérito, por falta de uma das condições da ação (art. 267, VI, do CPC).
> 3. Apelação não provida.

[8] A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no artigo 5º da Carta Maior o inciso LXXVIII, que enuncia: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O novo Código de Processo Civil, por sua vez, estatui em seu artigo 4º que "as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa". O preceito reformador busca chancelar a eficiência do processo, "a fim de se garantir que a referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas" (CÂMARA, 2007, p. 36).

[9] Instituída pela Lei nº 11.457/2007 em substituição à Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Federal do Brasil passa também a administrar o recolhimento das contribuições sociais antes geridas pela Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

[10] "Encampa o ato impugnado o impetrado que, ao prestar suas informações, não se limita a alegar que não é a autoridade coatora, e, ao contrário, adentra ao mérito, defendendo o acerto do ato controvertido". STJ, MS 3478/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, Terceira Seção. DJU de 20 jun.1996.

> 4. Peças liberadas pelo Relator em 18/11/2008 para publicação do acórdão (TRF – 01ª Região, AC 200001000333301/MG, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma. DJ de 28 nov. 2008, p. 146).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTO. QUESTIONAMENTO SOBRE A LEGALIDADE DE SUA COBRANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL.
> I – As informações da autoridade apontada como coatora – fls. 33/40 -, em conjunto com o objeto do *mandamus* e respectivos documentos que instruem a inicial, demonstram que falece ao Superintendente Regional da Receita Federal poder decisório para impedir, reverter ou desfazer o ato contra o qual, preventivamente, pretendem as Impetrantes ficarem a salvo, caso fosse acolhida a tese esposada na inicial, em que pese a sua condição de autoridade hierarquicamente superior ao Delegado da Receita Federal, a quem cabe, efetivamente, dentre outras, as atividades de tributação, arrecadação, cobrança e fiscalização dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme Regimento Interno da SRF – Portaria nº 227/98.
> II – Apelação conhecida, mas improvida, nos termos do voto condutor (TRF – 02ª Região, AMS 41525/RJ, Rel. Des. Fed. Arnaldo Lima, Quarta Turma. DJ de 17 set. 2003, p. 127).

Doutra parte, persiste o entendimento que chancela as garantias mais comezinhas do instituto mandamental, quais sejam a eficiência e a simplicidade de sua impetração. Preceituam os Egrégios Tribunais Regionais Federais:

> APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUPERINTENDÊNCIA DA RECEITA FEDERAL. LEGITIMIDADE RECONHECIDA. INSTRUÇÃO NORMATICA DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL Nº 40/01. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.
> 1. As Delegacias das Receitas Federais são subordinadas à Superintendência da Receita Federal, cujas atribuições no campo da arrecadação e fiscalização de tributos são idênticas, cada uma dentro de sua área de competência, donde que se percebe que a Superintendência da Receita Federal em São Paulo tem autoridade sobre todas as Delegacias da Receita Federal localizadas neste Estado (TRF – 03ª Região, AMS 236884, Rel. Des. Fed. Rubens Calixto, Terceira Turma, DJ de 15 dez. 2009). [...]
>
> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO RURAL.
> 1. O Superintendente da Receita Federal do Brasil detém legitimidade para responder a mandado de segurança coletivo, de natureza preventiva, embora não esteja diretamente ligado à execução da norma cuja exigibilidade se busca suspender, conquanto exerce atividades de coordenação e supervisão das atribuições dos Delegados, dispondo, assim, de meios eficazes para impor o cumprimento da determinação judicial reclamada junto às unidades administrativas subordinadas.
> 2. Com isso, preserva-se o exercício da garantia constitucional de acesso ao mandado de segurança coletivo (CF, art. 5.º, LXX), ao evitar-se que cada associada tenha de ingressar com um mandamus individual (TRF – 04ª Região, AC 200870000067429, Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciorink, Primeira Turma. DJ de 20 out. 2009). [...]
>
> TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE. SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL. POSIÇÃO HIERÁRQUICA SUPERIOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXCLUSÃO DA

> RESPONSABILIDADE POR PESSOA JURÍDICA. EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DO INTERESSADO. PECULIARIDADE SUPERÁVEL.
> 1. Legitimidade passiva do Superintendente da Receita Federal para figurar no pólo passivo do mandado de segurança que objetive a alteração de inscrição de responsável tributário no cadastro nacional de pessoas jurídicas – CNPJ, por se tratar de autoridade administrativa hierarquicamente superior.
> 2. Mediante o sucesso de um dos requerimentos apresentados pelo interessado à administração, não há que se legitimar o excesso de burocracia imposto pela autoridade tributária, na medida em que reconhecendo o pleito do mesmo postulante em requerimento diverso e com o mesmo objetivo, deixa de executar sua função institucional sob o pálido argumento de que houve equívoco na identificação dele.
> 3. Apelação e Remessa Oficial Improvidas (TRF – 05ª Região, AMS 90579/CE, Rel. Des. Fed. Manuel Maia, Segunda Turma. DJ de 28 ago.2009).

A divergência instaurada se mantém nos seguintes termos: questiona-se a legitimidade de indicação do Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil no pólo passivo do mandado de segurança coletivo, em especial com relação àquelas demandas que originariamente envolveriam uma sucessão de Delegados responsáveis de modo direto pela cobrança das exações fiscais impugnadas. O debate se revolve para além da possibilidade de defesa de mérito por parte do agente fiscal, esta capaz de enquadramento na legitimidade superveniente orientada pelo STJ.[11] É uma aferição do equilíbrio entre a interpretação literal do artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009 e a interpretação teleológica deste artigo em parceria com o artigo 1º, *caput* do mesmo diploma e com o artigo 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição Federal.

3- O Papel da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança em Matéria Tributária

Como antes mencionado, a leitura rápida do artigo 1º da Lei nº 1.533/1951 e de seu correspondente na Lei nº 12.016/2009 conduz à sensação de que o pólo passivo do mandado de segurança é ocupado pela própria autoridade coatora (MEIRELLES, 2004; MACHADO, 2009). Cumpre afirmar, entretanto, que defende o Supremo Tribunal Federal[12] ser o verdadeiro sujeito passivo do *mandamus* a pessoa jurídica de direito público que apresenta em seus quadros o agente indicado na exordial. O real defensor contra a impetração é a própria pessoa jurídica, visto que não seja dado à própria autoridade coatora

[11] STJ, RMS 12343/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 27 ago. 2001.
[12] "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem". STF, RE no AgR 233319/PB, Relª Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJU 12 set. 2003, p. 43.

se defender[13] no mandado de segurança – apenas prestar informações – e dada a própria coisa julgada, que não será produzida entre o impetrante e o agente, mas sim entre o impetrante e a pessoa jurídica de direito público.

É certo que não se pretende discutir apenas a impossibilidade de extinguir sem resolução de mérito aqueles mandados de segurança impetrados com indicação errônea da autoridade coatora – a conclusão que lhe é imediata não aproveita à preservação integral dos direitos de associados e sindicados perante arbitrariedades da Fazenda Pública. De todo o debate que ainda persiste entre a doutrina majoritária e os Tribunais Federais e o Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, importa destacar a contradição entre rechaçar o litisconsórcio passivo entre autoridade e pessoa jurídica e impingir de causa terminativa do vínculo processual o equívoco na indicação da autoridade coatora no mandado de segurança. Preleciona o autor Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, pp. 452-453):[14]

> A bem da verdade, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e, de resto, o dos demais tribunais soam bastante contraditórios, na medida em que expressam, de um lado, não ser possível o litisconsórcio passivo entre a autoridade e a pessoa jurídica da qual ela faz parte, exatamente porque a legitimidade passiva pertine a tal pessoa jurídica, e não àquela autoridade. De outro lado, o STJ e os demais tribunais entendem que a indicação errônea da autoridade acarreta a imediata extinção do processo sem resolução do mérito.
> Ora, já se viu que, sendo a parte legítima a pessoa jurídica em cujos quadros está lotada a autoridade apontada como coatora, a indicação errônea desta não deveria gerar a imediata extinção terminativa do feito. Desde que a autoridade competente para responder pelo ato atacado no mandado de segurança pertença aos quadros funcionais daquela mesma pessoa jurídica, seria possível manter e aproveitar o processo, não o conduzindo à extinção prematura.

Se por um lado não se afigura possível encaixar a autoridade coatora no pólo passivo do mandado de segurança, por outro não se pode olvidar de sua importância para o deslinde da matéria discutida. Em verdade, os privilégios à celeridade e à simplicidade de impetração do *writ* encontram equilíbrio no suprimento daquele arcabouço informativo capaz de corrigir ato outrora validamente exercido pelos funcionários do Estado: as provas pré-constituídas se completam com dados essenciais sobre a atividade mesma que gerou o abuso de poder ou a coação. E no dever de informar o juízo, como preceitua o próprio

[13] Evidente que a Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 14, § 2º, estende à própria autoridade coatora o direito de recorrer – e tal permissivo, conquanto elencado sob o *caput* que trata do recurso de apelação, se aplica a qualquer decisão em mandado de segurança, independente de sua natureza (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 1717). O argumento, contudo, livra de elementos pessoais – em especial nos processos que objetivam a inexigibilidade de tributo ilegal ou inconstitucional, posta a vinculação prevista no artigo 3º do Código Tributário Nacional – a manifestação do agente administrativo, motivo que dispensa sua defesa no *mandamus*.

[14] No mesmo sentido, CAVALCANTE, 2002, p. 123. MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 352. NERY JUNIOR; NERY, 2010, pp. 1706/1707.

artigo 7º, inciso I da Lei nº 12.016/2009, mora o papel da autoridade coatora na ação mandamental.

De acordo, caracteriza o mestre André Ramos Tavares a autoridade coatora como "informante do juízo" (2009, p. 57). Sua função precípua, não obstante a atribuição de competência que lhe seja particular, é providenciar representação – como o faria um preposto no processo civil – sendo a voz proximal da pessoa jurídica de Direito Público. Esse indivíduo vem ao processo para fornecer as informações que dizem respeito à substância dos pedidos iniciais: salienta-se, por conseguinte, não a pessoa da autoridade coatora, mas o papel que desempenha.

Certo é que a extinção do feito sem resolução de mérito acarreta danos inenarráveis aos direitos líquidos, certos e comuns aos substituídos no mandado de segurança coletivo. Estabelecido que a legitimidade passiva se dá em relação à pessoa jurídica e não ao próprio agente coator, resulta inaplicável a hipótese do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil. O elemento central do presente trabalho, contudo, se amplia para além dessa discussão – permanece o debate sobre o próprio raciocínio que conclui não ser o Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil a autoridade a ser, se não o pólo passivo do *mandamus*, a correta indicação a aparelhar devidamente o remédio constitucional.

4- A Subordinação dos Delegados da Receita Federal do Brasil ao Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil

Na incumbência de prestar informações essenciais ao deslinde da matéria discutida no mandado de segurança, a autoridade coatora tem papel de destaque na peça exordial: importa que esteja presente e que pertença aos quadros da pessoa jurídica de Direito Público apta a suportar os efeitos da coisa julgada. Importa ainda que tenha relação com o ato impugnado – imediata, quando o ato esteja diretamente sob suas atribuições funcionais, ou mediata, se a hierarquia da Administração Pública lhe permitir que corrija o abuso de poder cometido, dando efetividade a eventual concessão em favor da parte impetrante. Tal alargamento da hipótese prevista no artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009 se justifica, como visto, na estatura atribuída à autoridade indicada pela legislação do mandado de segurança: importa que preste as informações necessárias à formação do convencimento do juízo.

Aquela autoridade que detiver as informações em questão poderá ser apontada sem prejuízo à parte impetrante: o raciocínio privilegia os fins mesmos do *mandamus*.

As informações de que dispõem os Delegados da Receita Federal do Brasil estão ao alcance da autoridade a quem se subordinam, qual seja o Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil. A relação hierárquica estabelecida pelo artigo 5º do Regimento Interno da SRFB sugere poder diretivo, gerencial. Ocorre, no entanto, que a atividade administrativa de cobrança tributária é "plenamente vinculada", conforme preceitua o texto da Lei nº 5.172/1996. Sustentam os magistrados que se opõem à indicação dos contribuintes que não se poderia atribuir coação a autoridade diversa daquela a quem a lei – e somente a lei – conferiu poderes específicos para perpetrar a ação questionada no mandado de segurança. E têm toda a razão. Para refutar esse argumento, é necessário repensar a Secretaria da Receita Federal do Brasil como órgão integrado e essencial ao funcionamento do Estado.

É preciso que o debate processual abra espaço para os princípios de gestão administrativa contidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Vejamos quais são:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A simples leitura do artigo nos permite concluir que a gestão administrativa será realizada em integral respeito à lei. A atividade administrativa proverá tratamento isonômico para os administrados e, naquelas situações em que for permitido espaço para discricionariedade, operará segundo critérios de razoabilidade e prudência. Acima de tudo, a Administração Pública será eficiente: atingirá os melhores resultados com o emprego mais parcimonioso de seus recursos. A problemática surge quando da percepção do corpo administrativo como um conjunto de servidores humanos, todos suscetíveis a falhas de execução em suas atribuições laborais. De que forma – e nesse instante a noção de órgão gestor se assemelha ao conceito de corporação empresarial – se poderia mitigar o conjunto de possíveis equívocos estranguladores daquelas garantias? Necessário seria construir uma estrutura hierárquica responsável pela revisão e, para chegarmos ao cerne do debate, efetiva correção de eventuais irregularidades. A seguir, o artigo 223, inciso I do Regimento Interno da SRFB:

> Art. 223. Às Superintendências, Delegacias, Alfândegas e Inspetorias compete, com relação à sua área de competência e às unidades sob sua subordinação:
> I – gerenciar, coordenar, planejar, supervisionar, orientar, controlar e avaliar as atividades;

Quanto aos Delegados, estão sob a gerência, coordenação, planejamento, supervisão, orientação, controle e avaliação constante do Superintendente Regional. Sem a competência para inovar no que dispõe a sistemática tributária, resta ao Superintendente "aparar as arestas" de eventuais equívocos por parte de seus subordinados, tudo em prol daquela eficiência preconizada pelo texto maior. Se impossível fosse a correção, inútil seria qualquer relação subordinativa. Importa reconhecer, por conseguinte, que além de deter consigo as informações da atividade desempenhada diretamente pelo Delegado da Receita Federal do Brasil, o Superintendente também é capaz de atender a determinações do Judiciário que comandem reparo a atos administrativos com vício de invalidade ou nulidade perante a Constituição ou perante a Lei.[15]

Cumpre destacar que a simplicidade do mandado de segurança se reflete na indicação da autoridade apta a informar o juízo. Se o Superintendente detém conhecimento dos dados relevantes à compreensão do ato impugnado pelo juiz e se também possui competência para corrigir o ato administrativo em eventual provimento ao impetrante, pode compor ou representar o pólo passivo da lide sem maiores prejuízos ao debate dos direitos ameaçados. A relação hierárquica que os Superintendentes Regionais mantêm com os Delegados nos termos do Regimento Interno da SRFB não se presta a transferir a responsabilidade administrativa, bem como não deve o superior na cadeia de comando sofrer retaliações penais ou civis em razão de ato administrativo legalmente atribuído ao agente subalterno. A escusa, todavia, não se estende ao âmbito do mandado de segurança – os reflexos da discussão sobre o direito do impetrante, estes é que serão a base para processos de apuração da responsabilidade do agente e de seus efeitos pessoais e patrimoniais.

4- A Peculiaridade do Mandado de Segurança Coletivo

As premissas construídas nos tópicos anteriores vêm para sustentar o raciocínio do presente estudo. Como visto, o mandado de segurança coletivo é instituto processual de

[15] "Não detendo o e. Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal poderes para reformar decisão emanada do c. TCU, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental que se volta contra aquela decisão". STJ, RMS 21918/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 07 fev. 2008.

garantia simples e eficiente aos direitos coletivos ou individuais homogêneos de uma porção de interessados. Sua guarida específica se destina a impedir ou corrigir ato administrativo que lesione direitos líquidos e certos comuns a um grupo de impetrantes indiretos – o pleito é capitaneado por uma das entidades contidas no inciso LXX da Constituição Federal e no artigo 21, *caput* da Lei nº 12.016/2009.

O mandado de segurança coletivo ou individual conta com a indicação de uma autoridade dita "coatora", nos termos do artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009. Como o agente administrativo não compõe o pólo passivo do mandado de segurança, não se permite ao magistrado que, em verificando sua ilegitimidade passiva *ad causam*, declare extinto o feito sem resolução do mérito. A nomeação desse componente humano tem o objetivo de permitir ao juízo que se informe sobre o ato impugnado, afastada qualquer defesa pessoal no *writ* – esse expediente fica reservado ao responsável em processo disciplinar alheio à ação mandamental.

Cumpre reiterar que, naqueles mandados de segurança declaratórios de inexigibilidade de cobrança de tributo federal ou afirmativos de direito à compensação por parte dos contribuintes, o Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil é autoridade legítima para compor a lide – e não especificamente o pólo passivo da lide, tendo em vista sua posição informadora do juízo, conforme mencionado. É certo que os Delegados da Receita Federal do Brasil possuem competência legal para a execução do ato administrativo em debate. No seio do mandado de segurança em matéria tributária, contudo, não cabe à autoridade se defender de qualquer discrição ou motivação inerente à cobrança da exação fiscal. Como os demais elementos estruturais do ato estão em poder do Superintendente, é facultado ao impetrante que o indique na peça primeira do remédio constitucional.

Todos os argumentos que rechaçam a terminação do vínculo processual se aplicam irmãmente ao mandado de segurança individual e ao mandado de segurança coletivo. Entretanto, no que se refere a esse último instituto, há ainda mais uma consideração que impede eficácia ao artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil: a busca por um superior hierárquico no *mandamus* coletivo revela não um equívoco de indicação da autoridade coatora, mas um desejo de celeridade e de segurança jurídica. A referência na peça inauguratória se justifica não pela regra, mas pelos princípios que o constituinte quis prestigiar.

Em verdade, não há qualquer impedimento à indicação de diversos Delegados da Receita Federal do Brasil como autoridades coatoras no mandado de segurança coletivo. O temor – e é uma ameaça real – sentido pelos sindicatos, pelas associações e pelas entidades de classe está na possível ausência de um dos responsáveis diretos no rol inscrito no *writ*. O erro é perfeitamente natural, porém impede a vinculação do *decisum* à autoridade que não pôde "se manifestar" nos autos. Doutra parte, e especialmente para sindicatos ou associações de abrangência nacional, a notificação a cada Delegado acarretaria robusta sobrecarga ao processo, uma ofensa à celeridade chancelada pela ação mandamental.

Em suma, empreendem os contribuintes uma campanha contra a aridez das limitações procedimentais ao mandado de segurança coletivo. No que se refere à interpretação do artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009, não se realiza sem constante apoio na antiga Lei nº 1.533/1951.[16] Ao perceberem a movimentação negativa na jurisprudência, os titulares de direitos líquidos e certos querem ver respaldo ao *mandamus* tal qual concebido originalmente, como um *habeas corpus* para situações não meramente restritivas do direito de ir e vir. Como ferramenta simples e eficiente à defesa de direitos cuja limpidez e obviedade conclamam reconhecimento imediato pelo Poder Judiciário e perante terceiros.

5- Conclusão

Conquanto tenha o presente trabalho analisado o instituto do mandado de segurança coletivo sob o prisma das arbitrariedades do Fisco Federal, não há empecilho para a extensão de seus argumentos às ações dessa natureza que objetivem reformar ato administrativo com outra conformação ou de ente público distinto. Não merece declaração de ilegitimidade para compor a lide a autoridade hierarquicamente superior ao responsável direto pela lesão aos direitos líquidos, certos e coletivos dos impetrantes, não quando detém poder de correção da medida ilegal ou inconstitucional apontada pelo juízo.

O cotidiano de embates com a Fazenda Nacional ilustra a aflição dos contribuintes: teses tributárias de sucesso ante o Judiciário nos últimos anos[17] foram recebidas não com a

[16] É a crítica dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Arnaldo Esteves Lima em seus votos vencidos. "Sr. Presidente, V. Exa. me permite, vamos deixar o passado da Lei nº 1.533. Sob a atual lei, a questão, realmente, ficou resolvida". STJ, RMS 29.773/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ de 02 ago. 2010.

[17] Como a tese da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo de PIS e COFINS pelo artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/1998. STF, RE 346084/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 01 set. 2006.

aceitação em favor dos direitos mais lídimos dos cidadãos, mas com uma sequência de verdadeiros dribles futebolísticos por parte da União Federal. Houve alegação de ilegitimidade ativa dos sindicatos e das associações por carência de ata autorizadora ou de relação dos substituídos no processo.[18] Foram os impetrantes surpreendidos com a defesa do limitador de 30% à compensação tributária mesmo após a edição da MP 449/2008.[19] Surgiu até a tentativa de atribuir eficácia imediata à Lei Complementar nº 118/2005.[20] A cartada mais recente é, em primeiro lugar, impedir que o Superintendente Regional defenda a legalidade do ato impugnado em suas informações, de modo a prevenir o Fisco da encampação; em seguida, basta aguardar pelo reconhecimento de ilegitimidade passiva *ad causam*, resposta adotada, como mencionado, pelo Superior Tribunal de Justiça e por alguns órgãos colegiados.

Tal cenário propõe a responsabilização pedagógica da pessoa jurídica de Direito Público pelos danos de sua atividade tributante, coibindo a prática de eventuais atos semelhantes no futuro (TROIANELLI, 2004, p. 140). O mandado de segurança é ferramenta imprescindível à proteção dos direitos líquidos e certos dos contribuintes – seus contornos de simplicidade e eficiência têm o escopo de reprimir a sanha arrecadatória da Administração Pública e de salvaguardar o patrimônio, a atividade empresarial e a prestação de serviços dos cidadãos lesados ou ameaçados por seus representantes.

Quanto ao mandado de segurança coletivo, permanece sob criterioso exame dos intérpretes do Direito. Procura-se a inteligência desse instituto como arauto das garantias coletivas, como instrumento para a consecução de direitos sensíveis e comuns a uma agremiação de interessados. A via mandamental, de modo originário e precedente, invoca para si as garantias de celeridade e eficiência no processo civil: qual o impacto da transformação de poucas centenas de mandados coletivos em uma enxurrada de ações individuais? Patente a criação do constituinte de uma garantia de acesso à ordem jurídica justa – o resultado de desafogamento para o Poder Judiciário tem como contrapartida um

Ou a tese de não-incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o chamado ”terço de férias”. STF, RE 389903/DF, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 05 maio 2006, p. 15. STJ, REsp 1011978/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 06 ago. 2008. STJ, AgRg nos EREsp 957719/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 16 nov. 2010.

[18] STF, 01ª Turma, RMS 23769/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 30.04.2004. STF, 02ª Turma, RE 555720-AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21 nov. 2008. STJ, REsp 427298/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 02ª Turma, DJ de 25 ago. 2003. STJ, REsp 866350/AL, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 02ª Turma, DJ de 05 jun. 2008.

[19] Em seu artigo 65, inciso I, a MP 449/2008 revogava o § 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212/1991. Essa revogação se manteve na Lei nº 11.941/2009, que a enuncia em seu artigo 79.

[20] STJ, EREsp 435835/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ de 04 jun. 2007. STJ, REsp 1002932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 dez. 2009.

verdadeiro "processo de resultados" (VIANA, 2003, p. 9). A temática do presente estudo denota a batalha por preservar a aplicação desses preceitos finalistas e instrumentalistas ao *mandamus*.

A legitimidade passiva do Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil no mandado de segurança coletivo precisa ser compreendida para além da impropriedade terminológica de que se reveste: sua indicação como "autoridade coatora" cumpre o objetivo de informar o juízo sobre o ato impugnado e respeita estrutura hierárquica da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ademais, impingir de mácula congênita o *writ* que tenha nomeado autoridade indiretamente relacionada ao ato coator, mas hierarquicamente superior ao responsável efetivo e com inegáveis poderes de correção – dada a obediência prática ao artigo 37, *caput* da Constituição Federal – é afastar de forma indevida a prestação jurisdicional. Dada a iminente apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e tendo em vista a ameaça que os julgados cada vez mais dominantes sobre a ilegitimidade passiva *ad causam* do Superintendente geram para os contribuintes, resta a necessidade de verdadeiro levante da doutrina especializada: importa que conclamemos a comunidade jurídica para obstar a extinção em massa das ações mandamentais, e tudo em nome da liquidez e certeza que, ofendidas pelo Fisco Federal, aguardam provimento em direito e justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Publicada no **Diário Oficial da União** em 31 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil/Leis/L1533.htm>. Acesso em 28 dez. 2010.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Publicada no **Diário Oficial da União** em 27 de outubro de 1996 e retificada em 31 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/L5172.htm>. Acesso em 02 jan. 2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Publicada no **Diário Oficial da União** em 17 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 28 dez. 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 dez. 2010.

_____. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Publicada no **Diário Oficial da União** em 10 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 28 dez. 2010.

_____. Projeto de Lei nº 166, de 08 de junho de 2010. **Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal**. Reforma o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/MateFO.xsl&o=ASC&o2=A&m=97249>. Acesso em 02 jan. 2011.

_____. Portaria do Ministério da Fazenda nº 587, de 21 de dezembro de 2010. Publicada no **Diário Oficial da União** em 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2010/MinisteriodaFazenda/portmf587.htm>. Acesso em 07 jan. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ª edição. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Dialética, 2002.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 7ª edição. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Volume 04. 03ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FUX, Luiz. **Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 7ª edição. São Paulo: Dialética, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27ª edição (atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, C. A. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, O. A. Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Volume II. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 06ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Novo Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Responsabilidade do Estado por Dano Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **A Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULA POR TRIBUNAL SUPERIOR. ANÁLISE DA SÚMULA 331, I, DO TST.

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito – Yale Law School. Doutor e Livre-docente – UERJ. Professor Visitante – Universidade de Brasília (UNB), Universidade de Poitiers, França, e Universidade de Wroclaw, Polônia. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado (RDE).

Ana Paula de Barcellos

Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Público – UERJ.

Sumário: *I. Introdução. II. O novo papel da jurisprudência dos Tribunais Superiores e das súmulas no Direito Brasileiro. II.1. Uma perspectiva infraconstitucional. II.2. Uma perspectiva constitucional. III. A atividade jurisdicional e os limites constitucionais à edição de súmulas. III. 1. Atividade jurisdicional, devido processo legal e a importância dos fatos. III.2. Atividade jurisdicional e separação de Poderes. III.3. Limites constitucionais à edição de súmulas. IV. Aplicação da teoria à Súmula nº 331, I, do TST. Análise de sua compatibilidade com a Constituição. V. Conclusão.*

I. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será feito um estudo acerca da importância crescente, para o Direito brasileiro, da jurisprudência produzida pelos Tribunais Superiores e, em particular, das súmulas editadas por esses mesmos Tribunais. De forma específica, pretende-se apontar os limites a que estão sujeitos os Tribunais Superiores na edição de súmulas para, após estabelecidas as premissas teóricas, examinar a compatibilidade do item I do Enunciado nº 331 da Súmula da Jurisprudência do TST com a Constituição[1]. A análise a

[1] Este o teor do enunciado: "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21.11.2003. **I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).**
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas,

ser empreendida exige um conjunto de reflexões acerca do papel da jurisprudência no Direito contemporâneo, da finalidade dos enunciados das súmulas e do sentido e alcance de princípios constitucionais afetos ao Estado de Direito, que serão desenvolvidas de acordo com o roteiro exposto inicialmente.

II. O NOVO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

II.1. Uma perspectiva infraconstitucional

Como se sabe, o sistema jurídico brasileiro segue o modelo romano-germânico, similar ao adotado na Europa continental, em que a lei escrita é a principal fonte do Direito. Assim, era possível afirmar, até recentemente, e como regra geral, que juízes e tribunais no Brasil não estavam obrigados a seguir os costumes ou o entendimento adotado pela jurisprudência em casos anteriores semelhantes. O sistema contraposto a esse, no qual os precedentes judiciais tornam-se vinculantes (*binding precedent* ou *stare decisis*), remonta à tradição jurídica do *common law* e tem sua origem no Direito inglês[2]. Também nos Estados Unidos, a vinculação aos precedentes é um princípio geral, que pode ser afastado excepcionalmente, em razão da mudança das condições históricas ou da própria percepção do Direito a ser extraído de determinada norma[3].

A verdade, porém, é que essas duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota de progressiva aproximação. De fato, nos países do *common law* tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do Direito legislado. Tanto o Reino Unido quanto os Estados Unidos são exemplos do que se afirma. De outra parte, nos países de tradição romano-germânica os precedentes

por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)".

[2] A sujeição da própria Câmara dos Lordes aos precedentes foi firmada no caso *London Tramways Vs. London County Counsil, AC 375*, de 1898. O *Practice Statement*, de 1966, passou a admitir a reforma do precedente (*overruling*). Sobre o tema, v. Alan Paterson, *The law lords*, 1982; Jim Harris, Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess, *10 OJLS 140*, 1990; e Isabelle Rorive, La rupture de la *House of Lords* avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accéleration du temps juridique. In: Gérard, Ost e Kerchove, *L'accelaritión du temps juridique*, 2000, p. 801 e ss..

[3] Uma das mais celebradas decisões da Suprema Corte americana – a do fim da segregação racial nas escolas públicas, proferida no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954 – foi uma ruptura com o entendimento anteriormente professado. De fato, até então, vigorava, em matéria racial, a doutrina do "equal but separate", firmada desde *Plessy v. Ferguson*, em 1896. V., por simplificação, Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992.

judiciais têm merecido crescente destaque. É o que vem ocorrendo na Europa continental e também entre nós.

A importância da jurisprudência no Brasil tem sido incrementada, ***em primeiro lugar,*** pela percepção de que a interpretação jurídica não é uma atividade mecânica, de mera revelação de conteúdos que já estariam integralmente contidos nos textos legais. Especialmente quando os textos legais se valem – como ocorre com frequência cada vez maior – de expressões vagas, princípios e conceitos indeterminados. O intérprete desempenha, muitas vezes, um papel de co-criador do Direito, desenvolvendo o sentido de atos normativos de textura aberta e fazendo escolhas fundamentadas à luz dos diferentes valores tutelados pela ordem jurídica e das circunstâncias de fato do caso concreto[4]. A doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo, não se confunde com a norma, que é o produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário[5].

Em segundo lugar, e além da valorização da jurisprudência em geral, a jurisprudência dos Tribunais Superiores – e as súmulas de sua jurisprudência dominante em particular – têm ocupado um espaço de especial destaque no sistema jurídico brasileiro por razões institucionais, que transcendem a mera autoridade racional e lógica contida em tais precedentes. Com efeito, a valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de suas súmulas decorre de um conjunto de manifestações legislativas nesse sentido. Confiram-se alguns exemplos:

(i) de longa data a divergência jurisprudencial tem sido fundamento para a interposição de recurso extraordinário (nos regimes constitucionais anteriores) e de recurso especial, no regime atual: CF, art. 105, III, *c*;

[4] Sobre o processo de identificação dos fatos relevantes como parte determinante para a interpretação jurídica, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p.115 e ss.

[5] Sobre o tema, confira-se, dentre outros, Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*, 2002, p. 17. A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, *DJ* 14.dez.2001, HC 80949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, *DJ* 16.fev.2001, HC 79812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 1969, p. 270 e ss e Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, 1996, p. 82-3.

(ii) o texto constitucional confere efeitos vinculantes a precedentes do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade: CF, art. 102, § 2º;

(iii) a decisão proferida pelo STF na arguição de descumprimento de preceito fundamental também terá efeito vinculante, conforme determinação legal: Lei nº 9.882, de 3.12.99;

(iv) o texto constitucional, em inovação introduzida pela EC nº 45/04, passou a prever a súmula vinculante: CF, art. 103-A, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006 e pela Resolução nº 388/2008, do STF;

(v) a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o instituto da repercussão geral, considera que a mesma estará presente sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Nas demais hipóteses, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos extraordinários sobre matéria idêntica. Em caso de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, a lei determina a remessa de um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando-se os demais na origem. Uma vez negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados inadmitidos; após o julgamento de mérito, os órgãos de origem deverão reapreciar suas decisões.

(vi) a Lei nº 11.672/2008 – que alterou dispositivos do CPC – permite o sobrestamento de recursos especiais na origem, nos casos de questões repetitivas, de modo a que o STJ julgue um ou alguns casos paradigmáticos. Uma vez estabelecida determinada orientação, os acórdãos com ela compatíveis ficarão automaticamente mantidos, negando-se seguimento aos recursos especiais. Os acórdãos divergentes do entendimento firmado pelo STJ serão novamente analisados pelos tribunais de origem, dando-lhes a oportunidade de reformar a decisão.

(vii) o relator pode, monocraticamente, negar seguimento ou dar provimento a recurso, conforme a decisão impugnada haja observado ou esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior: CPC, art. 557 e § 1º;

(viii) a sentença proferida contra a Fazenda Pública produzirá seus efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, se estiver fundada na jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente: CPC, art. 475, § 3º.

No âmbito da Justiça do Trabalho – ambiente que interessa diretamente ao presente estudo –, a aplicação do art. 557 do CPC, acima referido, é frequente[6]. Além disso, há dispositivos específicos da CLT que atribuem efeitos processuais relevantes às súmulas do TST. Nos termos do art. 894, II[7], por exemplo, não se admite recurso para o Plenário do TST contra decisão das turmas que tenham aplicado súmula do Tribunal. A disciplina do recurso de revista[8], igualmente, prevista no art. 896, *b* e §§ 3º a 6º[9], atribui especial importância à jurisprudência consolidada do TST e às sumulas desse Tribunal Superior.

Em suma: a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, e suas súmulas em particular, passaram a desempenhar um papel central na definição do Direito vigente hoje no Brasil. Qualquer profissional minimamente diligente, ao estudar um assunto jurídico, se ocupará de examinar não só a legislação pertinente, mas também – talvez, sobretudo – a jurisprudência dos Tribunais sobre a matéria. Trata-se de uma evidência que dispensa maior aprofundamento. Resta saber, no entanto, como esse processo de valorização da jurisprudência se relaciona com o sistema constitucional. O ponto será examinado na sequência.

[6] A título de exemplo, v. TST, *DJ* 7.mar.2008, E-AIRR 118/2006-011-10-40, Rel. Min. Vantuil Abdala e TST, *DJ* 7.mar.2008, AG-AIRR 1379/2004-001-15-40, Rel. Min. Caputo Bastos.

[7] CLT: "Art. 894: No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) II - das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal".

[8] V. Sérgio Pinto Martins, *Comentários à CLT*, 2007, p. 959.

[9] CLT: "Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (...) § 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. § 4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. § 5º - Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo. § 6º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República.

II.2. Uma perspectiva constitucional

A despeito da existência de opiniões em sentido diverso, hoje amplamente minoritárias, a crescente valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores em geral, e das súmulas em particular, pode ser inserida de forma válida no esforço pela realização de determinados fins constitucionalmente relevantes[10]. Com efeito, desde sua introdução no Direito Brasileiro em 1964, por sugestão do Ministro Victor Nunes Leal[11], as súmulas foram concebidas como meio de facilitação do processo decisório, simplificando a fundamentação dos julgados que versavam sobre questão pacificada. Além disso, cumpriam a função de orientar as instâncias inferiores acerca do entendimento prevalente nos tribunais. Esses objetivos associados às súmulas – que continuam pertinentes e têm sido inclusive ampliados pela iniciativa do legislador, como se viu – visam a contribuir para a realização de finalidades mais gerais, a saber: (i) a preservação da racionalidade, da coerência e da isonomia no contexto da prestação jurisdicional; e (ii) a promoção da celeridade dessa mesma prestação estatal.

Racionalidade, coerência e isonomia são conceitos que não se confundem, mas que interagem como elementos de justificação do Direito. O pensamento racional se opõe ao aleatório, ao ilógico, ao que é caprichoso. A *racionalidade* é a idéia subjacente a princípios como razoabilidade e proporcionalidade[12]. O dever de *coerência*, por sua vez, pode ser associado à precisão e constância na utilização das categorias jurídicas, à consideração devida aos precedentes e à prevenção de conflitos de interpretação[13]. Apesar da pluralidade

[10] Ademais, como visto, após a EC nº 45/2004, a Constituição passou a prever expressamente o instituto da súmula vinculante (art. 103-A). Até o presente momento, o STF já editou dezenas de súmulas vinculantes sobre os mais variados temas.

[11] Apenas com a edição do CPC de 1973 o tema ganhou tratamento por parte do legislador. No texto original do CPC, havia referência às súmulas no processo de uniformização da jurisprudência, determinando que houvesse a edição de enunciado caso a decisão fosse tomada por maioria absoluta. Isso nunca foi entendido como impedimento para que súmulas fossem editadas em contextos diversos, por iniciativa do próprio tribunal. V. CPC, art. 479: "O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante".

[12] Nesse sentido, relacionando o irrazoável, ao arbitrário e ao caprichoso, v. Suprema Corte dos EUA, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 525 (1934). V. tb., sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 224.

[13] Sobre o tema, v. Robert Alexy e Aleksander Peczenik, The concept of coherence and its significance for discursive rationality, *Ratio Juris 3:*130-47, 1990; Neil Maccormick, *Rethoric and the rule of Law*, 2005, p. 189 e ss.; Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação – A nova retórica*, 2002, p. 221 e ss. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e Marina Gaensly, *O princípio da coerência. Reflexões de teoria geral do direito contemporâneo*, 2005 (Dissertação de mestrado apresentada à UERJ, mimeo). V. STF, *DJ* 9 jun. 1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: "Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato

de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno e não se deve aceitar como natural que este produza manifestações incompatíveis entre si[14]. Por fim, a *isonomia* traduz, na máxima tradicional, o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais[15]. Daí resultam duas consequências: o imperativo de dar tratamento uniforme às situações equiparáveis, bem como o de levar em conta eventuais circunstâncias particulares e dar-lhes valoração adequada, seja para concluir pela sua desimportância, seja para justificar desequiparações.

A valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores e das súmulas pode contribuir para a preservação da racionalidade, da coerência e da isonomia, na medida em que se procura evitar que circunstâncias fáticas equiparáveis recebam respostas diferentes do Judiciário, pelo simples fato de haverem sido apreciadas por magistrados diversos. Note-se, porém, um ponto importante. A utilização das súmulas apenas promoverá a realização dos fins constitucionais referidos se aplicada a hipóteses *realmente* equiparáveis àquelas examinadas pelos Tribunais Superiores, e que deram origem à edição da súmula afinal. Caso contrário, afora outras dificuldades graves, a própria isonomia será violada, já que uma determinada situação estará recebendo solução concebida para outra hipótese. O ponto será retomado adiante.

Também a celeridade, hoje prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, que consagra a "razoável duração do processo", é um fim constitucionalmente relevante e que pode ser fomentado pelo emprego das súmulas. Com efeito, e como se sabe, o acesso à Justiça não é uma garantia meramente formal. Além de se orientar pela busca de uma decisão justa[16] e efetiva, capaz de alterar a realidade concreta em favor daquela parte que

---

doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência".

[14] Sobre a proibição de comportamento contraditório por parte do Poder Público, v. Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e* venire contra factum proprium, 2005, p. 202. Sem prejuízo da importância da coerência como ideal regulador, não se pode negar o fato de que a pluralidade de fontes e a própria continuidade da ordem jurídica – da qual decorre a sucessão de autoridades e pontos de vista – tende a inviabilizar a obtenção de coerência absoluta, havendo espaço para evoluções e até momentos de ruptura. O que não se deve aceitar é a prevalência do aleatório, sobretudo quando não tenha ocorrido qualquer modificação significativa nas condições de fato ou nas concepções jurídicas dominantes. Sobre os possíveis limites da coerência, v. Andrei Marmor, "Should we value legislative integrity?". In: Richard W. Bauman e Kahana Tsvi (ed.). *The least examined branch – The role of legislatures in the constitutional State*, 2006, p. 138.

[15] A idéia de ordenação racionalmente apreensível está na raiz da própria idéia de sistema jurídico. Nesse sentido, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, p. 18-19.

[16] José Afonso da Silva, Acesso à justiça e cidadania, *Revista de Direito Administrativo 216*:9, 1999: "Os fundamentos constitucionais da atividade jurisdicional querem mais, porque exigem que se vá a fundo na

ostente o melhor direito[17], a decisão final do Judiciário sobre determinada lide deve ser proferida também em tempo razoável: a demora do processo não deve ser capaz de esvaziar o direito ou a expectativa de direito das partes[18].

Também nesse aspecto, a aplicação de uma súmula pertinente pode simplificar o devido processo legal, tanto na primeira instância quanto em eventual instância de revisão, abreviando o itinerário recursal. Com isso, incrementa-se a celeridade para os envolvidos diretamente – antecipando a tutela jurisdicional para a parte beneficiada pela súmula – e também a celeridade processual como um todo: uma vez que a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais é reduzida, as questões não sumuladas poderão receber atenção específica, como é devido, em menor espaço de tempo.

Em suma: a legislação atual que valida a edição de súmulas, inclusive com efeitos processuais relevantes, se ampara em fundamentos constitucionais consistentes. Note-se, porém, que a validade, em tese, da possibilidade de se editar súmulas não significa que elas possam veicular qualquer espécie de conteúdo e nem confere uma "carta branca" aos Tribunais Superiores nesse particular. O sistema constitucional impõe outras exigências à atividade jurisdicional que, *a fortiori*, delimitam o espaço válido de utilização das súmulas, como se verá na sequência.

III. A ATIVIDADE JURISDICIONAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULAS

Na linha do que se expôs acima, é certo que as súmulas podem contribuir para promover racionalidade, coerência, isonomia e celeridade na prestação jurisdicional. É certo, porém, que, além destes, o sistema constitucional é composto também de outros fins especialmente valiosos. No que toca à atividade jurisdicional, o devido processo legal é o princípio constitucional básico (CF, art. 5º, LIV), de modo que o respeito às suas garantias

apreciação da lesão ou ameaça do direito para efetivar um julgamento justo do conflito"; e Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 1996, p. 298: "Para isso, em primeiro lugar, é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso)".

[17] Cármen Lúcia Antunes da Rocha, O direito constitucional à jurisdição. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 40-2.

[18] Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 1996, p. 286: "O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico"; Cármen Lúcia Antunes da Rocha, O direito constitucional à jurisdição, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 37: "(...) é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda falha. E falha exatamente porque tarda"; e Jorge de Oliveira Vargas, *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*,1999, p. 46.

essenciais deve necessariamente conformar a utilização válida das súmulas. Outro princípio relevante para a atuação do Poder Judiciário em geral é, como não poderia deixar de ser, a separação de Poderes. Os próximos itens se ocuparão de fazer alguns registros sobre esses dois princípios: devido processo legal e separação de Poderes.

III.1. Atividade jurisdicional, devido processo legal e a importância dos fatos

A Constituição prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5°, LIV). Em seu desenvolvimento histórico, a garantia do devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), por intermédio da qual se procede ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Em sua vertente processual, que importa mais diretamente para este estudo, o princípio envolve a garantia de que as partes encontrem no Judiciário um foro imparcial e obrigado a analisar com seriedade os seus argumentos, ainda que venham a ser desqualificados. Isso é assegurado por disposições mais específicas, como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5°, XXXV), a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), o contraditório e a ampla defesa (art. 5°, LV), bem como pela garantia do juiz natural e pela vedação aos juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, LIII e XXXVII). Como se sabe, a observância dessas garantias é fator de legitimação das decisões judiciais[19].

É certo que o devido processo legal não tem um conteúdo pré-determinado ou idêntico em qualquer caso. A ampla defesa, *e.g.*, apresenta possibilidades distintas conforme se trate de processo penal ou civil[20] e, mesmo na esfera cível, o legislador prevê procedimentos diferenciados, que atribuem poderes diversos às partes[21]. A atuação do legislador, porém, está sempre limitada pelo conteúdo nuclear da garantia veiculada na norma constitucional, sendo certo, na hipótese, que se cuida de um direito fundamental. A lei não poderá, por isso,

[19] Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 2002, p. 159.
[20] Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 30.
[21] Confiram-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos do CPC: "Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). (...) Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que Ihes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário".

afetar sentidos mínimos que decorram de forma direta do devido processo legal. Vale dizer: a liberdade de conformação do legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, sob pena de inconstitucionalidade[22]. Não fosse assim – isto é, se a lei pudesse tudo nesse particular – a proteção constitucional restaria inteiramente esvaziada.

Na realidade, por meio dos corolários do devido processo legal, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, espera-se que os envolvidos em um conflito submetido ao Judiciário – e que estarão vinculados em caráter definitivo pela decisão que venha a ser tomada – tenham assegurada uma garantia mínima: a oportunidade de expor e provar seus argumentos a fim de demonstrar sua procedência[23].

Ora, a garantia de "ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar" envolve, por natural, a consideração de argumentos de Direito e de fato. Este é um ponto importante. Quanto aos argumentos de Direito, embora não se deva compactuar com eventuais abusos das partes[24], é certo que a omissão do juízo na apreciação de tese relevante suscitada nos autos conduz à nulidade da decisão[25]. Por seu turno, a importância dos fatos na interpretação e aplicação do Direito aos casos concretos é simplesmente vital: as diferentes circunstâncias de fato podem exigir – e frequentemente o fazem – soluções diversas por parte da ordem jurídica. A rigor, a própria lógica de atuação do Poder Judiciário pressupõe o exame particular de cada situação fática que lhe é apresentada.

Apenas como ilustração, veja-se como a importância dos fatos tem exigido o desenvolvimento de soluções mais sofisticadas por parte da dogmática constitucional.

---

[22] Nesse sentido, v. Daniel André Fernandes, *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*, 2003, p. 29 e ss.; e Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi, *Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*, p. 67.

[23] O Supremo Tribunal Federal já destacou o ponto, nos seguintes termos: "Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (I) direito de informação (...), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (II) - direito de manifestação (...), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (...); (III) – direito de ver seus argumentos considerados (...), que existe do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (...). Sobre o **direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador,** que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (...)" (STF, *DJ* 11.set.2008, RE 434059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, negritos acrescentados).

[24] STF, *DJ* 24.nov.2006, RE-AgR-ED 465739/SC, Rel. Min. Carlos Britto: "Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes".

[25] Nesse sentido, v. STF, *DJ* 27.jun.1997, HC 74073/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: "Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado".

Como se sabe, e como já decidiu o STF[26], um comando normativo pode ser válido em tese e, ao mesmo tempo, não se admitir sua aplicação a determinada circunstância fática, pois tal incidência particular, sobre tais fatos, produziria um resultado inconstitucional[27]. O mesmo Tribunal já entendeu que regra aparentemente incidente – o artigo do Código Penal que tipifica o crime de ato obsceno – não deveria ser aplicada a um caso concreto por força do contexto no qual a conduta fora praticada. Isso sem prejuízo de sua aplicação a condutas semelhantes, se praticadas em ambiente ou situação diversos[28].

A importância dos fatos tem sido reconhecida até mesmo no âmbito de processos objetivos de controle de constitucionalidade, nos quais se analisa a norma em tese, desvinculada de controvérsias concretas. Como é corrente, a legislação própria passou a admitir a possibilidade de o STF determinar a realização de perícias e audiências públicas e de requisitar informações aos tribunais inferiores sobre as circunstâncias em que determinado ato normativo tem sido aplicado[29].

Em suma: o devido processo legal exige que o Judiciário, ao menos, examine os fatos alegados pelas partes, bem como considere os argumentos jurídicos por elas apresentados, antes de proferir a decisão que repercutirá sobre suas esferas jurídicas. Sem essas atividades bastante básicas parece certo que não se estará diante, sequer, de uma prestação jurisdicional.

III.2. Atividade jurisdicional e separação de Poderes

[26] STF, *DJ* 29.jun.1990, ADInMC 223/DF, Rel. Min. Paulo Brossard: "Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada".

[27] Na mesma linha, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 97-8.

[28] STF, *DJ*, 26.ago.2005, HC 83.996/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso: "*Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*".

[29] No âmbito da ADIn e da ADC, v. Lei nº 9.868/99, art. 9º, § 1º, e, no âmbito da ADPF, v. Lei nº 9.882/99, art. 6º, § 1º. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2008, p. 177-178 e 295.

O segundo princípio constitucional que não pode ser ignorado ao se tratar da atuação do Poder Judiciário é a separação de Poderes. Por força desse princípio, como se sabe, o exercício do poder político é organizado em diferentes funções atribuídas a órgãos diversos (em geral denominados de Poderes). A finalidade da providência é impedir a formação de uma instância hegemônica de poder[30], potencialmente arbitrária[31]. O exercício atípico de funções é admissível, mas apenas quando previsto pela Constituição, seja para resguardar a independência orgânica de cada Poder – como no exercício de função administrativa pelo Legislativo e pelo Judiciário[32] –, seja para instituir mecanismos de controle recíproco entre eles – como no exercício de função judicante pelo Poder Legislativo, no julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade.

Fora dessas hipóteses, nada justifica o exercício da função típica de um Poder por parte de outro, que caracterizará usurpação e, por conseguinte, ofensa à divisão constitucional de competências. Isso não é casual. Cada um dos Poderes é estruturado para exercer a função que lhe é atribuída. Nesse particular, aliás, as diferenças são especialmente nítidas entre o Judiciário e os outros dois Poderes. Enquanto Legislativo e Executivo são compostos ou, pelo menos, chefiados por agentes eleitos, os magistrados são recrutados por critérios preponderantemente técnicos, relacionados à sua capacidade de interpretar e aplicar a ordem jurídica de forma racional e organizada.

É justamente por conta de sua legitimação democrática direta que se atribui aos legisladores a tarefa de, por iniciativa própria, regular a conduta humana por meio de normas gerais. Aos juízes e tribunais compete interpretar o sistema jurídico e aplicá-lo – salvo nas hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade – às diferentes situações de fato que lhe são apresentadas. Em qualquer caso, a atividade jurisdicional legitima-se, como se sabe, pela demonstração de que suas decisões guardam fundamento em enunciados normativos válidos e foram produzidas segundo um procedimento regular, que

[30] Nesse sentido, v. STF, *DJ* 12.mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: "O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional".

[31] Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, 1989, p. 26.

[32] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 31: "Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou promove seus servidores) e que Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência".

garanta a imparcialidade do julgador e assegure aos envolvidos a chance de expor seus argumentos e produzir provas.

É certo que a interpretação e a aplicação do Direito não são tarefas mecânicas, envolvendo, frequentemente, alguma atividade criativa por parte do juiz. Isso, porém, não significa que legislar e prestar jurisdição correspondam a atuações da mesma natureza. Até porque a criatividade judicial deve respeito às possibilidades semânticas do texto, ao desenho institucional da democracia constitucional e ao devido processo legal. Julgar não pode, em nenhuma hipótese, ser o exercício pleno de uma vontade política autônoma. A distinção é importante, como se verá, pois ela exigirá que as súmulas guardem contato com a atividade própria do Poder Judiciário, e não com a do Poder Legislativo.

III.3. Limites constitucionais à edição de súmulas

Apontados os elementos essenciais aos princípios do devido processo legal e da separação de Poderes, cabe agora observar em que medida eles condicionam o processo de elaboração das súmulas e seu conteúdo possível. Inicie-se pelo primeiro dos princípios referidos.

Parece natural que as garantias essenciais ao devido processo legal referidas acima – a saber: o direito das partes de verem suas alegações de fato e de Direito consideradas pela autoridade judiciária – imponham determinados limites à elaboração e ao conteúdo das súmulas, na medida em que o ganho em celeridade, coerência do sistema jurídico e isonomia, que se pretende obter por meio da utilização das súmulas, não poderá interferir de forma desmedida em tais garantias. A lógica aplicável aqui, portanto, é claramente ponderativa[33] e vale-se da noção de concordância prática[34]: a vigência das diferentes disposições constitucionais deve ser preservada, sem esvaziamento de qualquer uma delas. Assim, *e.g.*, o incremento de celeridade processual não pode ser obtido por meio da superação do devido processo legal.

O ponto não é propriamente complexo. A utilização de súmulas visa exatamente a dispensar o magistrado da necessidade de realizar um exame mais detalhado dos fatos e argumentos suscitados pelas partes. Além disso, as súmulas servem de fundamento para o

[33] Como se sabe, a ponderação é uma técnica por meio da qual se procura dar solução a conflitos normativos que não são resolvidos pelos critérios tradicionais de solução de antinomias. Sobre o tema, dentre outros, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

[34] Sobre o princípio da concordância prática, v. Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 66-7.

não-conhecimento de recursos, reduzindo as oportunidades de que a parte dispõe, nos termos da legislação, para expor suas razões perante o Estado-juiz. Ainda que haja certa controvérsia sobre a existência[35] ou não[36] de um "direito constitucional ao duplo grau de jurisdição", é certo que a possibilidade de revisão das decisões judiciais por órgão diverso daquele que as proferiu é mecanismo importante para, ao menos, minimizar o risco de parcialidades, garantindo uma segunda apreciação do caso[37]. Seja como for, não há dúvida de que as súmulas impõem certa restrição às garantias do devido processo legal. E por que então se considera sua utilização válida? Duas razões concorrem para isso e repercutem de forma direta sobre a conformação das súmulas.

Em primeiro lugar, quanto à consideração dos argumentos de Direito, as súmulas devem ser editadas após haver se formado jurisprudência consolidada sobre determinada questão, isto é: uma vez que o Tribunal tenha apreciado vários casos similares e decidido sempre da mesma forma[38]. Nesse contexto, presume-se que os diferentes argumentos jurídicos que poderiam ser suscitados na hipótese já foram apreciados e discutidos pela Corte no contexto desse conjunto de casos, que autorizou a edição da súmula. É certo que essa presunção é relativa e há meios institucionais de revisão de súmulas, caso alguma questão nova venha a ser suscitada[39]. No normal das circunstâncias, porém, entende-se que a súmula não desencadeia uma restrição inválida ao devido processo legal quanto a este ponto. Embora, após a edição de súmula, as partes não consigam mais ver seus argumentos considerados com tanto cuidado pelos órgãos do Judiciário, a verdade é que esses argumentos já foram examinados e decididos por esses órgãos, e pelo Tribunal Superior em particular, apenas que por iniciativa de outras partes em outros processos, nos quais se discutiu o mesmo assunto.

Como é fácil perceber, a exigência de que uma súmula seja editada após haver se formado jurisprudência consolidada ou reiterada da Corte sobre determinada matéria, e não após a decisão de um único caso, está longe de ser formal. A experiência confirma que

[35] Em favor da existência de um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição v., exemplificativamente, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2007, p. 221-2.
[36] Sustentando a inexistência do direito ao duplo grau de jurisdição, confira-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 31.
[37] Não só de parcialidades, mas também de erros. V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237.
[38] É o que dispõe expressamente o art. 103-A da Constituição Federal, em relação às súmulas vinculantes.
[39] No âmbito do TST, *e.g.*, a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas são objeto dos arts. 160 e ss. do RITST. Já no STF, o regramento do tema depende de tratar-se ou não de súmula vinculante. Em relação a esta, aplica-se a disciplina especial da Lei nº 11.417/06 e a Resolução nº 381/2008 do STF. Quanto às demais, incidem os arts. 102 e ss. do RISTF.

diferentes partes frequentemente desenvolvem argumentos e perspectivas variados para o mesmo problema jurídico e, assim, podem enriquecer o exame da questão. Caso a Corte se precipite excessivamente na edição de uma súmula, poderá ter deixado de considerar argumentos relevantes e já não será verdadeira a presunção descrita acima, que justifica a restrição ao devido processo legal das partes, isto é: a de que os argumentos que a parte poderia suscitar já foram apreciados em outra ocasião.

Em segundo lugar, e quanto ao exame dos fatos, lógica similar se aplica. Já se falou da importância dos fatos para a interpretação jurídica e de como determinada particularidade fática pode desencadear a incidência de enunciados normativos e exigir solução diversa daquela eventualmente aplicada à hipótese similar. Isso não significa, porém, sobretudo em uma sociedade como a contemporânea, na qual os conflitos de massa – e, *a fortiori*, as demandas de massa – se tornaram tão relevantes, que não seja possível identificar situações-tipo, caracterizadas por alguns elementos essenciais, sem prejuízo da existência de elementos acidentais que podem estar presentes ou ausentes[40].

As súmulas, como já se referiu, correspondem justamente ao entendimento reiteradamente manifestado por Tribunal Superior diante de casos equiparáveis – isto é: situações-tipo –, cujas características comuns autorizam a universalização da solução adotada por meio do enunciado sumular. Uma vez que o conteúdo da súmula corresponda ao que se acaba de enunciar – isto é: à solução reiteradamente adotada pela Corte diante de uma situação-tipo –, parece correto afirmar que a garantia do devido processo legal, por força da qual se assegura às partes o direito de terem seus argumentos de fato considerados pelas autoridades judiciárias, não chega a ser esvaziada. E isso porque, embora uma parte em particular já não possa discutir os fatos que a envolveram de forma exaustiva diante dos órgãos jurisdicionais, outras partes, envolvidas em circunstâncias de fato similares, já o fizeram, e a verdade é que as decisões que deram origem à súmula examinaram justamente situações de fato equiparáveis.

[40] A possibilidade de identificar situações equiparáveis é pressuposta pelos principais autores da teoria da argumentação, ainda que se reconheça a importância das características do caso concreto. V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, pp. 186-7 e 197; e Aleksander Peczenik, *On law and reason*, 1989, p. 191 e ss.. Em sentido diverso, Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi de teoria e metateoria del Diritto*, 1996, p. 145. A posição de Guastini decorre da importância essencial atribuída pelo autor às características de cada caso concreto para a solução da ponderação. Embora essas características sejam realmente da maior importância, isso não significa que inexistam casos equiparáveis ou semelhantes, aos quais, por um imperativo de isonomia, deva-se aplicar a mesma solução. Para uma crítica à posição de Guastini, v. José Juan Moreso, Conflictos entre principios constitucionales. In: Miguel Carbonell (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 100 e ss.

Por certo que as partes sempre terão a possibilidade de demonstrar que o seu caso apresenta particularidades que o distinguem da situação-tipo examinada quando da formação da súmula[41]. Nada obstante, tratando-se de um exemplo daquela situação-tipo, parece consistente afirmar que a aplicação da súmula respeita de forma razoável a garantia do devido processo legal de que se tratou acima. Situação diversa se verifica quando uma súmula não identifica qualquer situação-tipo em particular ou enuncia conceitos de textura aberta[42], nos quais hipóteses fáticas, não examinadas pelo Tribunal quando da edição da súmula, podem ser enquadradas. É fácil perceber, nesse cenário, que aquela garantia do devido processo legal deixa de ser preservada, e isso por duas razões.

Em primeiro lugar, já não será possível dizer que eventual restrição ao direito da parte de ver seus fatos adequadamente considerados pelos órgãos judicantes é compensada pela circunstância de esses órgãos já haverem examinado, em várias ocasiões, fatos equiparáveis, o que justifica a aplicação da mesma solução. Em segundo lugar, se o enunciado da súmula não identifica de forma clara a situação-tipo que lhe deu origem, a parte que pretenda afastar sua aplicação, distinguindo a hipótese concreta que a envolve daquela (qual?) que justificou a edição da súmula, enfrentará dificuldade muito maior.

Veja-se: se uma súmula veicula um comando genérico – tal qual se passa com uma lei –, a tendência natural dos demais órgãos jurisdicionais (assim como fazem com a lei) será a de aplicá-la a todas as hipóteses que se subsumam ao seu enunciado, por mais abrangente que ele possa ser. À parte "prejudicada" pela súmula será então imposto o ônus extra, e injustificado, de discutir as decisões que lhe deram origem, de modo a demonstrar que ela apenas poderia ser aplicada às situações equiparáveis àquelas examinadas naqueles casos. Na hipótese, em se tratando de uma súmula específica, cabe à parte que pretende afastar sua aplicação demonstrar que seu caso é diverso: trata-se de um ônus próprio ao sistema e é natural que seja assim. Diante de uma súmula de conteúdo aberto, porém, a

[41] Trata-se do fenômeno conhecido como *distinguishing* nos países da tradição anglo-saxã. Como destaca Neil Duxbury, "'*Distinguishing*' é o que fazem os juízes quando traçam uma distinção entre um caso e outro. (...) é antes de mais nada uma questão de mostrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o atual – de demonstrar que a *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão" (Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 113).

[42] A expressão "conceito de textura aberta" é referida genericamente a fim de abarcar idéias como as de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, que, segundo alguns, guardam algumas diferenças entre si. Com efeito, os autores conceituam cláusula geral como qualquer enunciado destinado a disciplinar um conjunto amplo de situações fáticas, sem especificação. É comum que as cláusulas gerais se valham de conceitos jurídicos indeterminados, embora isso não seja absolutamente necessário. Tais conceitos caracterizam-se pela especial abertura semântica de seus termos, a qual faz com que, a par da existência de zonas de certeza positiva e negativa, seja possível identificar também uma zona de penumbra que deverá ser concretizada pelo intérprete com base em argumentação razoável e consistente. Nesse sentido, v. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 209 e ss.

parte não dispõe de uma situação bem definida para comparar com a sua própria e encontrar divergências. Em vez disso, precisa afastar a aplicação de um enunciado genérico, o que tende a exigir ampla fundamentação e instrução probatória. Ocorre, porém, que a própria finalidade desse enunciado é simplificar o trâmite processual, deixando a parte numa situação bastante desfavorável.

Ou seja: além de violar a garantia do devido processo legal de que se tratou acima, uma súmula que veicule enunciado genérico gera também uma situação de desvantagem de uma parte em face da outra, e que não pode ser imputada a nenhuma causa razoável. Isto é: em subversão da lógica de sua própria atividade, o Judiciário estará expedindo ato que lança efeitos sobre situações que não foram objeto de análise específica. Esse aspecto da questão repercute também, como já se pode antecipar, sobre o princípio da separação de Poderes.

As súmulas, observado seu conteúdo próprio, e na linha do que já se expôs, podem conviver de forma relativamente pacífica com o princípio da separação de Poderes. Diversamente, se o Judiciário produz súmulas de conteúdo aberto, acaba por invadir a competência do legislador em prejuízo dos indivíduos. A questão é simples. Na impossibilidade, e mesmo na inconveniência, de prever todas as situações concretas que a realidade apresenta, o legislador formula comandos gerais, pressupondo um momento posterior de concretização, a cargo do aplicador do Direito. Ao Judiciário caberá, de certo modo, complementar o trabalho iniciado pelo legislador, construindo, diante dos casos concretos, a regra aplicável a cada hipótese particular, respeitados os parâmetros fixados pelo Legislativo. Ora, se o Judiciário, ao editar uma súmula, veicula um comando geral ao invés de enunciar a regra construída diante de uma determinada hipótese, em que momento a situação particular do indivíduo – que não foi considerada pelo Legislador e nem pelo Judiciário – será examinada?

Pois bem. Uma vez que o próprio Judiciário edita, ele mesmo, súmulas genéricas, o momento da concretização e individualização do Direito acaba desaparecendo ou sendo inequivocamente prejudicado. Não é necessário chegar ao extremo de dizer que as súmulas somente podem conter termos estritamente objetivos, de modo a dispensar qualquer dose de interpretação[43]. A rigor, poucos são os conceitos jurídicos inteiramente determinados[44]. Não é

[43] Sem prejuízo de se registrar que a tese é tradicional no Direito brasileiro, havendo inclusive precedentes do próprio TST. Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Ministro Victor Nunes Leal na AR 725: "Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos a insegurança que a Súmula quis remediar" (STF, *RTJ 45:*74, AR 725, Rel. Min. Vilas Boas). V. também TST, *DJ* 06.fev.1981, RR 402/80, Rel. Min. Marcelo Pimentel: "A Súmula espelha uma jurisprudência e seu entendimento não pode ser ampliado"; Victor Nunes Leal, Passado e futuro da "Súmula do STF", *Revista dos Tribunais 553:*294, 1981:

possível, porém, caminhar para o extremo oposto e entender que as súmulas podem se valer de quaisquer termos, incluindo conceitos jurídicos notadamente indeterminados. Como parâmetro, e na linha do que já se registrou, parece razoável concluir que uma súmula deve ser determinada a ponto de identificar a situação ou, no máximo, as situações que foram objeto de análise por parte do tribunal. Duas observações ainda precisam ser feitas, antes de concluir este ponto.

Considerando as finalidades associadas à própria existência das súmulas, um enunciado de súmula genérico tornar-se-á, em primeiro lugar, inútil. Isso porque tal enunciado exigiria do juiz o mesmo grau de análise particularizada da controvérsia concreta que ele enfrenta diante de um comando legal genérico, e o ônus argumentativo seria o mesmo de uma hipótese não sumulada. Pior: considerando a realidade do Judiciário brasileiro, marcada por milhares de demandas e por permanente sobrecarga de trabalho, o risco é o de que essa análise particularizada não ocorra e que as súmulas genéricas acabem por ser aplicadas quando não deveriam. Este risco parece não apenas possível, mas provável, pois a lógica da súmula não é obrigar o juiz a fazer uma complexa avaliação de cabimento em cada caso, e sim tomar sua aplicação como premissa, sem prejuízo de se admitir a superação excepcional[45]. Uma súmula que tenha de ser superada frequentemente causará mais prejuízos do que vantagens.

A segunda observação retoma as finalidades associadas às súmulas, dentre as quais, como já referido, isonomia, coerência e celeridade. Não é difícil demonstrar que uma súmula genérica não contribuirá para promover tais resultados. Quanto à isonomia e à coerência, é certo que ignorar diferenças importantes é tão violador da igualdade como instituir

---

"Cuidando ainda da 'Súmula' como método de trabalho – aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados – é oportuno mencionar que estes não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a 'Súmula' é o resultado dessa interpretação realizada pelo STF".

[44] Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 208: "Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 Km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de 'escuridão', 'sossego nocturno', 'ruído', 'perigo', 'coisa'. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de 'assassinato' ('homicídio qualificado'), 'crime', 'acto administrativo', negócio jurídico', etc".

[45] O caráter excepcional da superação das súmulas foi destacado pelo legislador ao disciplinar a súmula vinculante. Com efeito, a Lei nº 11.418/2006 modificou o Código de Processo Civil, instituindo o seguinte dispositivo: "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. § 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. (...) **§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal** (...)" (negrito acrescentado).

desequiparações arbitrárias. Em uma ordem jurídica justa e coerente devem conviver uma *tendência generalizadora* – que exige o tratamento semelhante de situações similares – e uma *tendência individualizadora* – que exige a consideração das particularidades como pressuposto para a realização da justiça[46]. Como se viu, a edição de súmula de conteúdo aberto potencializa a chance de que ela venha a ser aplicada a situações que não foram objeto de consideração específica do respectivo tribunal, conferindo-se tratamento igual a situações desiguais. Quanto à celeridade, uma súmula genérica ensejará, no mais das vezes, ampla discussão sobre as hipóteses fáticas discutidas nas decisões que lhe deram origem, a eficácia possível da súmula e as características do caso concreto submetido ao Judiciário. Ou seja: a existência de súmula nesses termos acaba por tornar o debate mais complexo e demorado, e não mais simples.

IV. APLICAÇÃO DA TEORIA À SÚMULA Nº 331, I, DO TST. ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.

A aplicação da teoria ao Enunciado nº 331, I, da Súmula de Jurisprudência do TST não é complexa. Como se verá adiante, o vício que se visualiza no item I do enunciado decorre exatamente de sua textura aberta, que acaba por admitir sua aplicação indiscriminada, até porque ele não corresponde, a rigor, a um conjunto de decisões do TST acerca de uma situação de fato particular. Na realidade, o Enunciado nº 331 tem origem na revisão de um enunciado anterior: o Enunciado nº 256, editado em 1986. A revisão mostrou-se necessária justamente por conta do caráter aberto do Enunciado nº 256, que acabava por exigir avaliações casuísticas no momento de sua aplicação e, por isso mesmo, abria espaço para utilizações indevidas. Esse era o teor do Enunciado nº 256:

> "*Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 3-1-74 e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.*"

Não por acaso, boa parte dos precedentes que deram origem ao Enunciado nº 331 – na verdade, precedentes sobre hipóteses variadas, indicados como tendo dado origem à súmula – tratam de situações nas quais o Enunciado nº 256 não foi aplicado. Na verdade, o enunciado pretendia considerar ilegais apenas determinadas situações, que desencadeavam

[46] Sobre o tema, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, especialmente p. 18 e ss.

fraude à legislação trabalhista (embora essas situações não tenham sido identificadas em seu texto), não devendo ser compreendido como aplicável a qualquer situação que pudesse ser subsumida aos seus termos[47]. Daí porque a jurisprudência procurava distinguir entre terceirizações legítimas e outras ilegítimas. Confiram-se alguns desses precedentes:

> "*Enunciado 256 do TST. Aplicação. O que veda o verbete 256 do TST é a contratação do 'trabalhador' e não do serviço por interposta pessoa, pelo que, para que se reconheça o vínculo laboral entre o obreiro e a empresa contratante, há que se perquirir da existência de subordinação direta daquele a esta e de pessoalidade na prestação de serviços sob a ótica da empresa contratante.*" [48]

> "*Locação de mão-de-obra. Enunciado 256 do TST. A sociedade de economia mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo art. 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais.*" [49]

> "*Empresa prestadora de serviços. Responsabilidade solidária. Autarquia. Lei nº 5.645/70. Tratando-se de empresa de serviços de limpeza e conservação que mantém contrato com entidade de serviço público, não há que se falar em atividade fraudulenta, ante o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70. Logo, incabível a responsabilidade solidária para o pagamento das parcelas a que foi condenada a empresa prestadora de serviços.*" [50]

> "*Não se há que falar na aplicação do Enunciado 256 do TST especialmente na ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do Convênio estão dentro dos parâmetros legais.*" [51]

---

[47] TST, *DJ* 08.set.1989, RR 226/89, Rel. Juiz Convocado José Luiz Vasconcelos: "Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no E. 256, da súmula desta Colenda Corte há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador dos serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor".

[48] TST, *DJ* 08.mai.1992, RR 24086/1991, Rel. Min. Vantuil Abdala.

[49] TST, *DJ* 04.dez.1992, RR 44058/1992, Rel. Min. Afonso Celso.

[50] TST, *DJ* 12.fev.1993, RR 42286/1991, Rel. Min. Leonaldo Silva. Em sentido semelhante, v. TST, *DJ* 26.mar.1993, RR 41486/1991, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas; TST, *DJ* 06.ago.1993, RR 45956/1992, Rel. Min. Roberto Della Manna; TST, *DJ* 25.jun.1993, RR 35607/1991, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva; TST, *DJ* 03.set.1993, ERR 211/1990, Rel. Min. Cnea Moreira.

[51] TST, *DJ* 01.out.1993, RR 62835/1992, Rel. Min. Ursulino Santos. V. Sérgio Pinto Martins, *A terceirização e o direito do trabalho*, 2005, p. 129: "Esse acórdão tratou de que o empregado foi contratado pela empresa Posasco, sociedade de economia mista criada pela Lei Municipal nº 1.036, de 14 de julho de 1971, em que o Município de Osasco é seu maior acionista e recebe a prestação de serviços. Prevê o art. 9º da referida norma municipal a possibilidade de celebração de convênios com entidades de direito público e privado. Não se verificou fraude, principalmente porque a contratação do empregado foi feita com respaldo na própria lei".

Embora o próprio TST pareça ter reconhecido os problemas gerados pela textura aberta do Enunciado nº 256, os mesmos vícios foram substancialmente mantidos no item I do Enunciado nº 331. Vale conferir sua redação mais uma vez:

> "*CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*
> ***I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).***
> *II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).*
> *III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*
> *IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).*"

Ora, a grande dificuldade consistia e consiste, justamente, em distinguir, dentre as variadas situações que podem ocorrer no mundo dos fatos, quais são as hipóteses legítimas de prestação de serviço de uma empresa a outra e em quais há ilegalidade e fraude à legislação trabalhista. A afirmação genérica de que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal – o item I do enunciado – não identifica qualquer situação-tipo, observada em diferentes casos submetidos à Corte, cuja validade ou invalidade possa ser afirmada e generalizada. Considerando a multiplicidade de hipóteses fáticas que pode ser descrita pela expressão utilizada pela súmula – a saber, "contratação de trabalhadores por empresa interposta" – o item I limita-se a veicular um comando genérico que enseja todos os problemas apontados acima: (i) pode ser aplicado a situações que sequer foram examinadas pelo Tribunal, violando o devido processo legal e a isonomia; (ii) usurpa a competência do Legislativo, na medida em que formula norma genérica, eliminando do sistema a etapa de aplicação do Direito, em prejuízo dos indivíduos; além de (iii) não contribuir para a realização dos fins associados às súmulas, já que a sua utilização

adequada exigirá do magistrado avaliação casuística da hipótese[52], exatamente o contrário do que se espera pela edição de súmula. Na prática, parece quase inevitável que erros e desvios sejam cometidos sem maior possibilidade de controle.

O item III do mesmo enunciado oferece contraste interessante que ilustra o que se vem de afirmar. Ao registrar que a contratação de serviços de vigilância, de conservação e de limpeza não forma vínculo de emprego com o tomador, a súmula identifica situações específicas que foram examinadas e discutidas pela Corte, como se viu dos precedentes referidos acima[53]. Serviços de vigilância, conservação e limpeza são situações de fato amplamente conhecidas e bastante determinadas. O mesmo não se pode dizer de outras expressões utilizadas pelo mesmo item, como atividades-fim e atividades-meio, subordinação direta e pessoalidade, que veiculam conceitos jurídicos indeterminados, envoltos em controvérsia e sujeitos a grande variação[54], dada a quantidade de circunstâncias fáticas e regimes trabalhistas possíveis. Ainda que possa haver parâmetros para concretizá-los – sobretudo nos casos em que tais elementos estejam flagrantemente presentes ou ausentes – há ainda considerável zona de indeterminação. É fácil perceber a distinção: uma súmula adequada deveria afirmar que a situação de fato "x" configura subordinação direta e pessoalidade e, portanto, autoriza a identificação do vínculo trabalhista, e não registrar, genericamente, que, presente a subordinação direta e a pessoalidade, estará formado o vínculo.

O item III do Enunciado nº 331 não é objeto do presente estudo e a referência a ele tem por objetivo apenas realçar o caráter totalmente aberto do item I: com efeito, se a parte final do item III já seria problemática, que se dirá do item I? Note-se que mesmo

[52] Nesse mesmo sentido, referindo-se especificamente ao Enunciado nº 331, v. Sérgio Pinto Martins, *A terceirização e o direito do trabalho*, 2005, p. 132: "(...) não pode ser entendido como taxativo, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas".

[53] O mesmo pode ser dito do item II do Enunciado, até porque ele decorre da aplicação do art. 37, II, da própria Constituição.

[54] Referindo-se especificamente ao Enunciado nº 331 e reconhecendo o problema, v. Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*, 2007, p. 627-8: "De outro lado, nem sempre é clara a diferença entre atividades-meio e atividades-fim. (...) Sobre o que é atividade-meio na visão da Justiça do Trabalho, por se tratar de conceitos que surgiram com a STST n. 331, que é recente, não houve, ainda elaboração sedimentada pela jurisprudência, tudo dependendo de cada caso concreto". Tratando do Enunciado nº 256, mas constatando o problema por fundamentos que se mantêm inteiramente pertinentes, v. Gustavo Cauduro Hermes, A terceirização e os riscos jurídico-trabalhistas dos contratos de prestação de serviços, *Justiça do Trabalho 216:*25, dez. 2001: "A questão de exigir-se que os serviços prestados refiram-se à atividade-meio do tomador é mais complexa e polêmica. Primeiramente, cumpre esclarecer a absoluta impertinência deste requisito neste Enunciado, pois não carrega fundamento jurídico algum, tratando-se de verdadeiro exagero normativista dos magistrados envolvidos nesta redação". Por fim, mencionando a grande variação decorrente das circunstâncias de fato, v. Francisco Antonio de Oliveira, *Direito do trabalho*, 1993, p. 190: "A análise desses elementos – subordinação jurídica e econômica – deve ser feita em consonância com a realidade que se apresenta. A subordinação jurídica terá nuances diversas em conformidade com o tipo de labor (...)".

eliminando as situações previstas pelo item II – contratações pela Administração Pública – e pela parte inicial do item III – contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza – inúmeras outras possibilidades de relações jurídicas no ambiente profissional poderão se apresentar, com variação importante de setor para setor da economia. Todas elas serão automaticamente ilegais, importando fraude à legislação trabalhista, sem sequer terem sido examinadas? Como se vê, a súmula ignora inteiramente essa diversidade fática e os eventuais argumentos jurídicos cuja pertinência as diferentes circunstâncias poderiam justificar. Ou seja, exatamente o tipo de invalidade descrito na parte teórica.

Repita-se que o item I do Enunciado produz uma extensão *prima facie* de determinado entendimento – produzido sob circunstâncias próprias – a situações diversas, que não foram objeto de consideração específica. E, como se viu, a conformidade da decisão com súmula do TST afasta, em princípio, o cabimento de embargos, agravo e do recurso de revista para aquele Tribunal Superior, permitindo que o relator assim decida por decisão monocrática. Isso torna ainda mais difícil para a parte demonstrar que a súmula foi mal aplicada nas instâncias inferiores. Assim, um enunciado genérico produzido a partir de determinada situação de fato poderá ser aplicado à situação diversa e isso terá o condão de afastar, na maior parte das vezes, a possibilidade de controle por parte do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho[55].

V. CONCLUSÃO

É possível compendiar as idéias desenvolvidas neste trabalho nas seguintes proposições objetivas:

(A) A jurisprudência dos tribunais tem assumido crescente importância no panorama institucional brasileiro, tanto pela incorporação de certas ideias ao conhecimento jurídico convencional, quanto por decisão expressa do legislador. Em primeiro lugar, já não se imagina que as decisões judiciais sejam meros atos mecânicos de revelação do conteúdo das leis. Ao contrário, consolidou-se a percepção de que interpretação jurídica envolve uma dimensão criativa, embora balizada pelos limites semânticos e sistemáticos impostos pelos enunciados normativos. Assim, não raro será a interpretação judicial que dirá o real sentido dos direitos e obrigações decorrentes da ordem jurídica. Em segundo

[55] Álvaro Melo Filho, Direito sumular brasileiro, *Revista de Processo 43:* 251, 1986: "Desse modo, o Direito Sumular do TST exerce uma função paradigmática na interposição dos recursos trabalhistas, servindo de veículo tranquilo para o conhecimento e o provimento - se a decisão recorrida o contrariou - ou de imediato corte em sua pressuposição, se a decisão é convergente com a tese nele enunciada".

lugar – e corroborando o que se acaba de dizer – o próprio legislador vem atribuindo efeitos processuais relevantes à jurisprudência consolidada e às súmulas.

(B) Na prática, as súmulas reduzem consideravelmente o ônus argumentativo dos magistrados e também a oportunidade de as partes exporem seus argumentos de fato e de Direito. De acordo com a atual legislação processual, a incidência de súmula repercute também sobre as oportunidades de recurso e no seu processamento, que se torna bastante simplificado. Assim, não há dúvida de que a parte a quem a súmula não aproveita terá de se desincumbir de um ônus reforçado, demonstrando que a situação posta em julgamento apresenta particularidades dignas de nota. Por definição, as súmulas se presumem aplicáveis aos casos que parecem recair na descrição do seu relato. Não haveria nenhum interesse em se editar uma súmula para se fazer um exame inteiramente casuístico de cada situação, tal como nos processos em geral.

(C) Inegável, portanto, a existência de uma compressão ao princípio do devido processo legal, justificada pelo fato de as súmulas veicularem entendimento consolidado acerca de determinada situação-tipo. Presume-se, assim, que os elementos centrais da hipótese – de fato e de Direito – já terão sido objeto de consideração analítica, tendo se pacificado determinada orientação. Em nome de importantes valores e interesses referidos acima – notadamente a racionalização da atividade jurisprudencial – admite-se a edição de súmula, bem como que se lhes atribua os efeitos processuais já referidos.

(D) Não se pode admitir, contudo, que as súmulas assumam qualquer conteúdo. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados faz com que um enunciado se torne potencialmente aplicável a situação diversa daquelas que foram objeto de consideração específica. A aplicação de súmula com esse teor rompe com a própria lógica da atividade jurisdicional e viola diversos preceitos fundamentais da Constituição:

(i) separação de Poderes: em vez de refletir entendimento jurisprudencial sobre situação inúmeras vezes analisada, o enunciado de conteúdo aberto acaba se aproximando de um comando geral e abstrato, potencialmente aplicável a situações que sequer foram cogitadas quando de sua edição. O Judiciário passa a legislar sobre situações que lhe parecem importantes, invadindo manifestamente esfera reservada ao Poder Legislativo.

(ii) devido processo legal: tal garantia não se satisfaz com a mera possibilidade de juntar manifestações ao processo, exigindo-se que a parte disponha de condições efetivas de influir no convencimento do julgador, deduzindo argumentos de fato e de Direito que serão tomados em consideração. A extensão automatizada de entendimento produzido em

atenção à situação diversa viola o núcleo do devido processo legal. Enunciados de conteúdo aberto sequer permitem às partes a identificação clara das situações de fato que foram analisadas pelo órgão julgador, tonando ainda mais difícil a demonstração de que a súmula seria inaplicável.

(iii) isonomia: tal princípio não é violado apenas por desequiparações indevidas, mas também nos casos em que sejam equiparadas situações desiguais, desprezando suas particularidades. Ademais, cria-se um ônus processual desproporcional – e inteiramente injustificado – para uma das partes, que terá de superar a presunção de que a súmula deve ser aplicada à situação sob exame.

(E) O item I do Enunciado nº 331 do TST incorre nas violações referidas acima. Produzido a partir da revisão de outro Enunciado do TST – o de nº 256 –, e justamente por conta de seu caráter vago, o novo enunciado conservou o mesmo problema. Em vez de identificar situações-tipo que gerariam contratações regulares ou irregulares, o item I limita-se a enunciar, de forma genérica, que o emprego de trabalhador cedido por empresa interposta seria fraudulento, desconsiderando a variedade de situações encontradas no mundo real. Na tentativa de produzir maior segurança, o Enunciado nº 331 acaba exacerbando os referidos problemas, valendo-se de conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, como *subordinação direta*, *pessoalidade* e a distinção, não raro tênue, entre atividades-fim e atividades-meio. Na prática, o Enunciado nº 331 equipara-se a um dispositivo de lei: em vez de guardar relação com as situações que motivaram sua edição, assume a forma de um regramento geral, extensível a situações que não tenham sido analisadas de forma específica segundo o devido processo legal.

OS *RECALLS* COMO TENTATIVA DE INIBIÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PARA O RESSARCIMENTO DOS DANOS AO CONSUMIDOR[1].

Marco Félix Jobim

Advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em Direito.

Sumário: *1. Introdução 2. O recall. 2.1 O Recall no Brasil. 2.2 O Recall da Toyota e as class actions. 3. As ações coletivas e os recalls. 3.1 O Código de Defesa do Consumidor e as Ações Coletivas. 3.2 Danos ao consumidor subsistem pelo recall antes de ocorrer um acidente de consumo? Considerações finais. Referencial bibliográfico.*

1. INTRODUÇÃO

O tema não poderia ser mais apaixonante e atual: ações coletivas. Mas o que escrever sobre o tema tão instigante é um dilema que perpassa na cabeça de qualquer um, haja vista que, de um lado, existem correntes que defendem que se trata de uma das grandes soluções para que o cidadão, que não tem condições financeiras ou emocionais de passar por um processo individual, realmente consiga o amplo acesso ao Poder Judiciário, como se pode comprovar com a leitura do jurista italiano Mauro Cappelletti e do estadunidense Bryant Garth e a segunda "onda" idealizada por ambos. Do outro lado, receosos de que as ações coletivas possam vir a liquidar de uma vez com a atividade advocatícia, a classe dos advogados teme pelo uso ordinário e irrestrito do instituto.

Seja qual for a linha de pensamento adotada, uma realidade é certa: o Poder Judiciário chega num momento em sua história na qual deverá passar por mudanças drásticas sob pena de pairar uma crise maior de inefetividade e intempestividade processual, caminhando para o abismo de sua paralisia total.

Para tanto, conceitos obsoletos devem ser revistos, práticas antiquadas esquecidas, dando ensejo a mudanças que inovarão o modo de pensar o direito processual[2] e do próprio conceito de jurisdição[3].

[1] Este trabalho foi desenvolvido originalmente para homenagear os Professores Doutores José Maria Rosa Tesheiner e Sérgio Gilberto Porto.

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15. Discorre a processualista sobre um novo ramo do direito processual, qual seja, o coletivo, ao dizer: "Tudo isso autoriza a

É neste contexto que se analisa se o chamado *recall* é uma forma de se evitar as ações coletivas àqueles consumidores que ainda não experimentaram o dano por meio de um acidente de consumo. Para tanto, será analisado no capítulo 2 o que realmente vem a ser o denominado *recall*, assim como alguns casos específicos no Brasil e, em especial, em nível global, o atual caso Toyota para, no capítulo seguinte, avaliar o enquadramento legal das ações coletivas dos consumidores, se existem danos para aqueles que não sofreram qualquer acidente de consumo para, ao final do texto, tecer algumas considerações.

Trata-se de artigo não exaustivo da matéria, embora, em sua simplicidade, pretenda o articulista plantar uma linha de estudo para que se estenda a matéria a outros a fim de aprofundá-la.

2. O RECALL.

O *recall*[4] é uma palavra originária da língua inglesa que na sua acepção literal significa, no vernáculo e na ótica adotada pelo estudo, chamamento ou chamar de volta. Pode também significar no palavreado consumeirista de recolher um produto do mercado.

Isso se dá, de certa forma, quando um lote ou uma linha de produção fabricada vem defeituoso, colocando em risco à segurança que se espera do produto e, conseqüentemente, a dos seus usuários.

Tendo em vista que o *recall* tem um custo para a empresa e, ao mesmo passo que, quando chamado o consumidor a realização deste, a empresa está praticamente confessando publicamente sua culpa pelo defeito daquele produto, além de lhe trazer uma significativa publicidade negativa, o consumidor muitas vezes acaba com um bem que, embora consertado ou trocado, foi desvalorizado no mercado, lhe causando prejuízos que podem, via de regra, ser cobrados no Poder Judiciário.

---

conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do direito processual, o direito processual coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem-definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos".

[3] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Recomenda-se, em especial, a leitura do capítulo III, denominado de "A tutela jurisdicional em nova perspectiva".

[4] MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português/ Portuguese-English – English-Portuguese – Law Dicionary**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 924: "Recall: Remoção de servidor público do cargo (antes do término do mandato por meio do voto do eleitorado); Recolhimento de produto (da praça pelo fabricante, por apresentar defeito)".

Assim, nota-se uma função triplamente punitiva à empresa que produz lote de produtos defeituosos e necessita consertá-los ou trocá-los através de um *recall*. A primeira punição é no tocante ao próprio custo da reposição ou ajuste do bem; a segunda a da publicidade negativa que terá em virtude da chamada pública e, por fim, a indenização que pode sofrer em virtude dos danos causados pelo produto defeituoso, sem nem mesmo se perquirir de uma responsabilização penal por meio da respectiva ação e administrativa pelos órgãos de defesa do consumidor (que seriam uma quarta e quinta modalidades de punição).

Assim, estuda-se a terceira punição à empresa, consubstanciado no dano sofrido pelo consumidor em razão do *recall* e a respectiva ação de indenização frente ao Poder Judiciário, sendo esta na sua modalidade coletiva, com representação em massa, ao invés de individuais, que apenas contribuiriam ainda mais com a intempestividade da prestação jurisdicional.

Para tanto, se estudará alguns recalls feitos no Brasil e, mais recentemente, aquele envolvendo a montadora Toyota com seu recall de milhões de unidades.

2.1 O Recall no Brasil.

O direito pátrio cuida das questões relacionadas ao consumidor em legislação própria, qual seja, a lei 8.078 de 1990 que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor, que regulamenta a Constituição da República Federativa do Brasil nos seus artigos 5º, inciso XXXII, 170 e artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Além de trazer informações importantíssimas sobre conceitos que são obrigatórios para o entendimento do presente estudo, como, por exemplo, o próprio conceito de consumidor[5] e de fornecedor[6], o artigo 10 da lei discorre sobre a qualidade do produto a ser colocado no varejo ao dispor que "*o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade*

[5] Art. 2º da Lei 8.078/90: "Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo".

[6] Art. 3° da Lei 8.078/90: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

ou periculosidade à saúde ou segurança", ou seja, na teoria, não poderia existir produto ou serviço defeituoso.

Contudo e infelizmente sabe-se que isto não corresponde a verdade, tendo o fornecedor, por muitas vezes, lançado no mercado produtos defeituosos, razão pela qual o mesmo Código, no § 1° do artigo 10, traz o comportamento que deverá ser adotado pelo fornecedor que coloca no mercado produto ou serviço com defeito, ao dispor que "*o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários*". E mais, essa publicidade deverá sair nas rádios, imprensa e televisão, as custas do fornecedor, conforme dispõe o §2º do artigo 10 da lei.

Note-se que, aliado a informação pública, ao anúncio publicitário, a troca ou ajuste da mercadoria ou do serviço prestado abre as portas do consumidor que se sente lesado a se ver indenizado.

E não são poucas as chamadas para o conserto de defeitos realizados em solo brasileiro, podendo ser lembrados alguns deles[7]:

> 2000. A GM convoca 1,05 milhão de proprietários de veículos Corsa e Tigra para conserto. Foi o maior recall de automóveis no país até hoje.
>
> 2002. A Kraft Foods anunciou recall de cerca de 300 mil unidades do Ovo de Páscoa Trakinas. O produto vinha acompanhado por um brinquedo: uma bolacha que dava pulos, graças a uma mola acoplada. O manuseio do brinde oferecia risco.
>
> 2004. A Merk Scharp & Dohme retirou do mercado o Vioxx, após divulgação de estudos que indicavam aumento no risco de ataques cardíacos e derrames com uso prolongado de medicamento.
>
> 2005. A Multibrás, que fabrica produtos da marca Brastemp, fez recall de 4,8 mil cafeteiras com defeito em componente que provocava risco de curto-circuito.
>
> 2006. Donos de 32,3 mil notebooks da Dell foram chamados para troca da baterias dos equipamentos, que podiam apresentar superaquecimento e risco de incêndio.
>
> 2007. A Mattel fez recall de 750 mil brinquedos da linha Polly com imãs aparentes, pás do conjunto Barbie e Tanner e figuras magnéticas do Batman. Havia risco de os imãs se deslocarem e serem ingeridos.

[7] Fonte: Jornal Zero Hora, domingo, 14 de fevereiro de 2010, p. 4 e 5 do Caderno de Economia.

> 2008. Uma falha no mecanismo de rebatimento do banco traseiro levou a Volkswagen a um recall dos modelos Fox, Crossfox e Spacefox. O uso poderia provocar a amputação dos dedos da mão.
>
> 2009. A Brasbaby, distribuidora de carrinhos da Maclaren, fez recall de 9 mil unidades, depois de 12 casos de bebês no EUA que tiveram dedos amputados enquanto o produto era dobrado.

Todos os *recalls* suprarreferidos relacionados não são páreo para o recente chamado realizado pela montadora japonesa Toyota e o que isso poderá afetar sua imagem com as inúmeras ações coletivas propostas por seus usuários, razão pela qual se estuda o *recall* da montadora japonesa apartadamente.

2.2 O Recall da Toyota e as *class actions*.

Motivado pela recente chamada da multinacional Toyota[8], montadora japonesa de automóveis[9], para um recall de seus veículos que afetariam em alguns modelos o acelerador, alguns dos grandes escritórios estadunidenses iniciaram uma onda de *class actions*[10] contra a montadora no intuito de ver indenizados os consumidores que adquiriram os modelos defeituosos.

[8] HINO, Satoshi. O pensamento Toyota: princípios de gestão para um crescimento duradouro. Tradução de Patrícia Leça Flores da Cunha; Elizamari Rodrigues Becker e Gabriela Perizzolo. Porto Alegre: Bookman, 2009. p. 145. Discorre o autor sobre o sistema de controle de qualidade da Toyota e seu rigorismo para que produto saia da fábrica sem qualquer defeito: "A ideia de implantar qualidade no processo reside na base da garantia de qualidade da Toyota. Em outras palavras, tudo que seja necessário ser garantido é assegurado em cada processo, incluindo planejamento do produto, design, preparação da produção, compras, produção goguchi (termo da Toyota para produção real), inspeção, vendas e serviços. A razão para isso é que a maioria dos problemas de qualidade ocorre quando um veículo está em uso; as inspeções que ocorrem no momento do embarque nunca podem eliminá-los. Elas não podem, por exemplo, detectar danos nem sujeiras que ocorrem após os veículos terem deixado a fábrica. Garantir a qualidade durante o período de uso do veículo exige uma rigorosa adesão a padrões relevantes durante estágios anteriores, tais como projeto de produto e preparação da produção. Além disso, ter a certeza de que os procedimentos de trabalho no processo pós-embarque são rigorosamente seguidos é uma forma eficaz de assegurar a qualidade, depois que um veículo deixa a fábrica".

[9] Os automóveis que apresentaram defeitos são os modelos Corolla, Matrix, Avalon, Camry, Highlander, Tundra e Sequoia

[10] GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34. O autor discorre sobre a importância das ações: "A class action é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo. Essa visão global e unitária da controvérsia permite ao Judiciário levar em consideração todas as conseqüências da sua decisão, na medida em que toma conhecimento de todos os diversos interesses existentes dentro do grupo e não somente dos interesses egoísticos das partes em uma ação individual. Ademais, obriga a parte que cometeu o ilícito coletivo a responder em juízo pela totalidade da conduta ilícita realizada contra a comunidade, o que potencializa a sua função deterrence".

Em recente reportagem intitulada "*Toyota enfrenta avalanche de ações coletivas nos EUA*"[11], foi veiculado que, apesar de a montadora ter chamado para a realização do recall cerca de 2,3 milhões de unidades[12], as ações coletivas ingressadas já somam mais de 5 milhões de usuários, isso, pois, o escritório de advocacia Beasley, Allen, Crow, Methvin, Portis & Miles distribuiu, sozinho, em nome de 5,3 milhões de proprietários, a maior das ações coletivas contra a Toyota Motor Corporation e Toyota Motor Sales.

Ainda na matéria acima descrita são narrados os danos sofridos pelos usuários, basicamente econômicos, que vão desde a falta de qualidade do veículo que, em vista do acelerador, não traz os índices de qualidade esperado, até a própria defasagem do preço do automóvel que, tendo em vista a proporção tomada do *recall*, fez com que os modelos defeituosos baixassem seu valor de mercado.

Para complementar as ações de indenização, no tocante à culpa da montadora, os consumidores alegam que o *recall* foi anunciado tarde demais e não é suficiente para eliminar os riscos de acidentes dos modelos afetados. Aliado a isso, os lesados alegam a omissão da montadora, falta de boa-fé na relação, assim como sua confissão ao informar ao público que a falha se deu em razão de *software* defeituoso.

Assim, não só a Toyota mas também todos aqueles que colocam no mercado produtos e serviços defeituosos devem fazer a chamada pública do *recall* para o conserto do bem ou sua substituição.

Contudo o questionamento persiste: mesmo com o *recall*, os prejudicados poderão, individualmente ou coletivamente, ajuizar ações para buscar seus direitos sem terem experimentado acidentes de consumo?

3. AÇÕES COLETIVAS E OS RECALLS.

É plausível esperar que cada consumidor lesado pelo *recall* busque, individualmente[13], seu direito perante o Poder Judiciário? Conforme já estudado,

[11] Reportagem na íntegra no sítio www.expressodanoticia.com.br, acesso em 09 de fevereiro de 2010.
[12] Segundo a edição da Zero Hora do dia 14 de fevereiro de 2010, p. 4, do Caderno de Economia, o número total de unidades chamadas aos recalls podem chegar a 8,5 milhões de veículos.
[13] WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 160. Parte da doutrina não aceita o ingresso das ações individuais, como se confirma com a leitura do seguinte trecho: "As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em razão da natureza incindível da relação jurídico substancial. Todas elas, na verdade,

ponderando, primeiro, os casos de recalls brasileiros, imagine-se os consumidores da *General Motors* e o *recall* de 1990. Um lesado por vez buscando o Poder Judiciário seriam distribuídos 1,05 milhão de processos contra a montadora americana. Não seria mais vantajosa a distribuição, em lotes, de ações coletivas para a busca do direito de uma gleba de lesados num único processo judicial, atendendo aos valores[14] da efetividade e da tempestividade processual? Este é o grande questionamento a ser respondido quando se critica o instituto das ações coletivas.

Existe uma imensa dificuldade com o ingresso de ações com danos mínimos, principalmente na seara da relação de consumo, onde, além de não ter o cidadão interesse em cobrar estes pequenos deslizes comerciais, que acabam se tornando gigantescos na modalidade coletiva, tampouco há advogado que se interesse em causas individuais desta natureza. Tudo isso acaba por ser problemas de acesso à justiça.

Mauro Cappelletti[15], jurista italiano, juntamente com Bryant Garth, dedicaram uma obra exclusivamente ao problema do acesso à justiça, tratando, especificamente, num dos capítulos, das soluções práticas encontradas para os problemas deste acesso e encontrando parte das respostas no que denominam de "onda", sendo a segunda delas a "*...representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor*".

Por esta razão, é a ação coletiva um grande instituto ao combate de resvales comerciais que, individualmente, apenas congestionariam ainda mais o Poder Judiciário

---

buscam a tutela de posições individuais que 'se inserem homogeneamente na situação global' (na expressão de Barbosa Moreira, v. citação supra), de modo que a decisão deve ter o mesmo teor para todos aqueles que se encontrem na mesma situação jurídico-substancial, o que significa que uma só demanda seria suficiente para a proteção da totalidade de usuários". Em sentido contrário: MATTOS, Luiz Norton Babtista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197: "Em síntese, a ação coletiva não substitui a ação individual, não esgota o seu objeto, nem possibilita, por si, só, a resolução da mesma lide ou a obtenção total dos mesmos resultados ou efeitos que podem ser obtidos mediante a ação individual, inclusive na hipótese de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, em virtude da necessidade da posterior liquidação, que é uma ação de conhecimento".

[14] Neste sentido pode-se conferir: MACELO, Elaine Harzheim; JOBIM, Marco Félix. Ações coletivas X ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. Revista AJURIS. Ano 26, n. 75 (Set. 2009). Porto Alegre: AJURIS, 2009. p. 84: "Trata-se de meio hábil a atender tanto a efetividade processual, em especial no que diz com a força de seus comandos sentenciais, como a tempestividade processual, pela concentração em um único processo, em flagrante economia de atos, custos e tempo que seriam demandados caso os titulares dos direitos em jogo fossem obrigados a individualmente buscar a prestação jurisdicional".

[15] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (Tradução). Acesso à justiça. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998. p. 31.

sem sequer o resultado da ação contribuir para o maior cuidado do fornecedor frente aos seus consumidores, mas que, coletivamente, chegariam ao intuito forçar este a ter mais cautela na hora de colocar seu produto ou serviço no mercado.

3.1. O Código de Defesa do Consumidor e as Ações Coletivas.

O título III do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar sobre a defesa do consumidor em juízo e das suas disposições gerais no capítulo I do mesmo título, traz em seu artigo 81 que "*a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo*", ou seja, quando houver danos relacionados a relação de consumo, os lesados podem, individual ou coletivamente, propor ações.

Já no parágrafo único do artigo 81 há a previsão para quando se deverá ter a defesa do lesado na relação consumeirista nos incisos I, II e III com a seguinte redação:

> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

É no inciso III que se daria, *v.g*., os interesses dos lesados pelo recall no caso Toyota ou no da General Motors ocorrido no Brasil, tendo em vista que pode haver a divisibilidade da lesão e determinar cada consumidor lesado, diferentemente do que ocorre no inciso I, onde não existe a possibilidade de determinar as pessoas prejudicadas. Nesse sentido, Sérgio Shimura[16] afirma:

> Chega-se, por fim, aos chamados interesses individuais homogêneos, como decorrentes de uma origem comum. Assim como o interesse difuso, o individual homogêneo também tem origem em circunstância fática comum. A diferença reside na divisibilidade da lesão e, pois, na determinabilidade do titular do direito ofendido, derivada de uma origem

[16] SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006. p. 30.

> comum, portanto, de um fato anterior e causador da lesão aos interesses individuais (art. 81, parágrafo único, III, CDC).

A legitimidade[17] para propor as ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor é do Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal, das entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, das associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam nos seus fins a defesa dos interesses previstos no Código de Defesa do Consumidor, todos com previsão no artigo 82 da referida legislação.

Continua o Código a dar proteção ao Consumidor quando, em seu artigo 83, dispõe que "*para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*", e em seu artigo 84 no qual se lê que "*na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*", seus parágrafos nos quais se dão normas de caráter processual e pecuniário, autorizando ao juiz a aplicação de multas, conversão da obrigação em perdas e danos, concessão de tutela liminar, além de medidas permitidas para a obtenção do resultado prático da ação, como busca e apreensão, remoção de coisas e de pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de força policial nos casos em que a mesma se faz necessária, benefícios que continuam no artigo 87 ao dispor sobre o não pagamento de custas, emolumentos, honorários ou qualquer outra despesa, salvo se houve má-fé.

[17] MORAES, Voltaire de Lima. Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23. Ao tratar sobre a legitimidade, defende o autor que ela é um dos diferenciadores da ação civil pública da ação coletiva, ao dizer: "Enquanto ação civil pública é aquela demanda proposta pelo Ministério Público, destinada a tutelar interesses e direitos coletivos lato sensu, individuais indisponíveis, bem como a ordem jurídica e o regime democrático, ação coletiva é aquela proposta por qualquer legitimado, autorizado por lei, objetivando a tutela de interesses coletivos lato sensu". Após, o referido autor exemplifica quais seriam oriundas de uma ou de outra, ao discorrer: "Logo, em síntese, enquanto a ação civil pública é proposta, a rigor, pelo Ministério Público, a ação coletiva o é por qualquer legitimado autorizado por lei; de outro lado, a ação civil pública visa a tutelar interesses e direitos coletivos lato sensu, individuais indisponíveis, ou ainda a ordem jurídica e o regime democrático, ao passo que a ação coletiva tutela somente interesses e direitos coletivos lato sensu, razão por que se podem considerar como espécies de ação coletiva, v.g., a ação popular, o mandado de segurança coletivo e as ações propostas por outros entes, que não o Ministério Público, embasadas na Lei nº 7.347/85 ou no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em defesa de interesses e direitos metaindividuais". P. 23/24. Com outro entendimento: SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006. p. 43: "Para nós, a expressão 'ação coletiva' (não-individual) constitui-se gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da 'ação individual', que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada. Não se desconhece que cada qual pode ter suas peculiaridades e procedimentos específicos, mas é certo que todas estão voltadas a servir de instrumento à proteção de interesses coletivos".

No Capítulo II do título III, que determina sobre as ações coletivas para defender os interesses individuais homogêneos, inicia, em seu artigo 91, trazendo norma de representação das vítimas e seus sucessores, sendo que, no artigo 92, trata da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, quando não for o autor da ação.

O artigo 93 trata da competência para julgar as ações a serem ajuizadas, sendo que nos artigos 94 e 95 duas normas de pesos a serem refletidas, a primeira ao dispor que "*proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor*", ou seja, todos os lesados poderão intervir no processo como litisconsortes e no seguinte artigo que "*em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*", apontando a sentença com uma condenação geral.

Os artigos 97 e 98 tratam da liquidação e da execução da sentença, conferindo a legitimação para liquidar o feito os lesados, seus sucessores ou os próprios legitimados, enquanto no tocante à execução, esta poderá ser coletiva ou individual, ou seja, mesmo quando os lesados ou sucessores tiverem sido parte da ação de conhecimento coletiva, poderão, na execução, se valerem de sua individualidade.

Ao final do capítulo, o Código confere legitimidade aos fundos criados quando não houver interesse do lesado ajuizar as respectivas execuções, o que o faz nos artigos 99 e 100.

3.2 Danos ao consumidor subsistem pelo recall antes de ocorrer um acidente?

Após a análise sobre o que vem a ser a denominada prática do recall, e quais foram os mais importantes no Brasil e o último recall realizado pela montadora japonesa de automóveis Toyota, viu-se que a ação coletiva é uma forma atual de, através de um único processo, indenizar uma quantidade mensurável (direitos individuais homogêneos) ou não de lesados (direitos difusos), em outros casos não estudados. A grande questão ainda não respondida é se o recall isenta o fornecedor de produtos ou serviços de uma terceira punição que seria a própria ação coletiva ou individual da parte lesada.

Conforme o artigo 12 da lei de defesa do consumidor, o fabricante responde independentemente de culpa por defeitos decorrentes de seu projeto, fabricação, construção, montagem, fórmula, manipulação, apresentação ou acondicionamento, o que também ocorre com o fornecedor de serviços, a teor do artigo 14, quanto aos defeitos relativos à prestação dos serviços.

Segundo dispõe o artigo 18[18], os vícios de qualidade dos produtos que os tornem impróprios ou inadequados, que lhe diminuam o valor ou ainda aqueles decorrentes da disparidade, podem ser substituídos caso o consumir assim o exija.

Não sendo o vício sanado em trinta dias, três opções alternativas são possíveis: a substituição do produto por outro em perfeitas condições de uso; a restituição imediata do valor atualizado pago ou o abatimento proporcional do preço.

Desse modo, realizado um *recall* para a troca do produto, a restituição do valor atualizado ou o abatimento proporcional do preço, existe a possibilidade de o consumidor, através de seus legitimados, ingressar com ações coletivas para buscar algum dano restante?

Acredita-se que para uma resposta correta se deve analisar o caso concreto. Por exemplo, casos onde não houve risco à integridade física do consumidor seriam isentos de indenização por abalo moral, tendo em vista que a própria a restituição do valor pago atualizado ou o abatimento da defasagem que o produto teve hão de ressarcir o lesado de seus inconvenientes.

Restaria algum resquício de valor se o bem trouxe algum prejuízo financeiro ao consumidor por não trazer uma economia esperada pelo produto. Assim, um refrigerador que garante que apenas consome X *watts* de energia por mês e acaba por consumir X + Y *watt*s, traz um prejuízo, em tese, indenizável ao consumidor.

Já para os casos de mera substituição do bem, isto pode gerar danos patrimoniais além do acima mencionados, como se vê com o exemplo do recall da Toyota, no qual, a própria marca sai manchada pela chamada pública realizada, e o valor de seu produto, conseqüentemente, tem uma queda no mercado de consumo. Este valor, do bem desvalorizado, pode ser alvo de indenização pelo lesado.

Já aqueles casos em que houve risco à integridade física dos consumidores, com certeza, além do dano patrimonial como acima já salientado, os prejudicados poderão ser

[18] O artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor aponta sobre os vícios da prestação de serviço. Contudo, o capítulo se aterá apenas no fornecimento de produtos.

ressarcidos moralmente pela exposição de sua vida a um potencial risco de morte, ressarcimento este que poderá se dar com a indenização por abalo moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao consumidor que experimentou um dano em virtude de um produto ou serviço defeituoso é inegável seu direito de se ver indenizado, independentemente do chamado *recall*.

Contudo, o presente estudo quis demonstrar que o *recall*, embora uma prática aceita e legalmente instituída, não isenta o fornecedor de produtos e serviços de indenizações pelo defeito apresentado, quer na modalidade individual, quer na modalidade coletiva, naqueles casos em que sequer houve acidente de consumo.

Não quer o autor trazer qualquer ideia de preconceito contra a prática do *recall*, aliás, defende que este auxilia as empresas a não, futuramente, serem alvos de ações mais vultosas, por danos causados aos consumidores que não tiveram a oportunidade de consertar seus bens em virtude de um *recall*. Este, com certeza, diminui o dano futuro a quem se predispõe a fazê-lo e será considerado o ato de boa-fé por qualquer juiz ao sentenciar o processo.

Por fim, defende-se que a ação coletiva é uma forma de representação de vários lesados, num único processo, sobre o mesmo fato jurídico, o que contribui, sobremaneira, para a concretização dos valores da efetividade e tempestividade processual. Acredita-se que a força de uma ação coletiva é muito maior do que a de uma ação individual, tendo, pois, os consumidores, mais chances de procedência de seus direitos nesta modalidade de ação.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (Tradução). **Acesso à justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HINO, Satoshi. **O pensamento Toyota**: princípios de gestão para um crescimento duradouro. Tradução de Patrícia Leça Flores da Cunha; Elizamari Rodrigues Becker e Gabriela Perizzolo. Porto Alegre: Bookman, 2009

MACELO, Elaine Harzheim; JOBIM, Marco Félix. **Ações coletivas X ações individuais**: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. Revista AJURIS. Ano 26, n. 75 (Set. 2009). Porto Alegre: AJURIS, 2009.

MATTOS, Luiz Norton Babtista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português**/ Portuguese-English – English-Portuguese – Law Dicionary. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação civil pública**: alcance e limites da atividade jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

www.expressodanoticia.com.br, acesso em 9 de fevereiro de 2010.

Jornal Zero Hora edição de 9 de fevereiro de 2010.

LEI N. 12.016/09 - ASPECTOS POLÊMICOS DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Advogado. Mestre e Doutor em direito processual na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual - IIDP e da International Association of Procedural Law. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral. Lucon@lucon.adv.br e www.lucon.adv.br.

Resumo: O presente artigo trata da recente Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009 que regulamenta o uso de mandado de segurança individual e coletivo. Será demonstrado que a lei foge das idéias iniciais dos integrantes da denominada "Comissão Caio Tácito" e representa, no geral, um retrocesso. Nesse sentido, dois vetos foram apresentados pelo Presidente da República: o primeiro relacionado ao parágrafo único do artigo 5º do PLC, no sentido de que a exigência de notificação prévia como condição para a propositura do mandado de segurança poderia gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo e o segundo veto relacionado ao parágrafo 4º do artigo 6º, que estabelece um prazo de 10 (dez) dias para que o impetrante rebata a suposta ilegitimidade da autoridade coatora no processo. Outros aspectos processuais também são tratados, tais como o cabimento de recurso; a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo; a relação entre demandas nos mandado de segurança individual e coletivo; a criminalização na desobediência da ordem; a coisa julgada; o depósito para a apreciação (e eventual concessão) de liminares; e por fim, a vedação de liminares e execução provisória (I) em matéria remuneratória, (II) para a compensação de créditos tributários e (III) quando o seu objeto for a entrega de bens e mercadorias provenientes do exterior.

Abstract: The present article treats the recent Statute n. 12.016, enacted on august 7th 2009, that regulates the use of the writ of mandamus (mandado de segurança), both in joint claims and individually. It will show that the Statute does not follow the initial ideas of the "Commission Caio Tácito", and represents, overall, a setback. In the same way, two vetoes were presented by the President of Brazil: the first related to the paragraph of the 5th article of the draft, justifying that a preliminary notice is required to seek a writ of mandamus, and how creates a discussion related to the time limit; and the latter related to the forth paragraph of the 6th article, that establishes a deadline of ten days for the petitioner to contest the alledged illegitimacy of the responsible authority. Other aspects are also treated, such as the procedure of appeal; standing to sue; joinder of claims; criminal contempt; *res iudicata* and preclusion; security deposit for appeal; and, lastly, the

banishing of provisional measures (I) in salary matters, (II) for the compensation of tax credits and (III) for the release of foreign goods.

Palavras-chave: Mandado de Segurança, Lei n. 12.016/09, vetos, aspectos polêmicos,questões processuais.

Key words: Injunction, Law 12.016/09, vetoes, controversial aspects, procedural issues.

1. Introdução: a nova Lei do Mandado de Segurança e seus antecedentes

A recente Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009 regulamenta o uso de mandado de segurança individual e coletivo.

Na Constituição Federal de 1988, são dois os incisos que tratam do tema no art. 5º:

> LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
> LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, c) entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

De tal previsão constitucional emergem certos elementos essenciais, muito bem relacionados pelo tributarista HUGO DE BRITO MACHADO:

> a) uma garantia constitucional que, como tal, não pode ser abolida, direta ou indiretamente, pela lei; b) um instrumento processual destinado a proteger todo e qualquer direito, desde que líqüido e certo e não amparado pelo *habeas corpus* nem pelo *habeas data*; c) uma garantia constitucional e um instrumento processual, do particular, contra o Poder Público.[1]

A partir de tais elementos, conclui-se ser o mandado de segurança instituto processual-constitucional dirigido a todo ato ilegítimo de poder. Mas é no processo que essa garantia emerge do campo puramente teórico-constitucional para a atuação prática, já que, se não houver remédio ou mesmo meio de irresignação contra manifestações ilegítimas do exercício do poder, caberá a via jurisdicional do mandado de segurança.[2]

[1]- **Mandado de segurança em matéria tributária**, 3ª ed., São Paulo, Dialética, 1998, p. 13.

[2]- "Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Mandado de Segurança impetrado contra decisão do Relator que converte o Agravo de Instrumento em Agravo Retido. Descabimento no caso de haver previsão de recurso no Regimento Interno do Tribunal como ocorre no Estado do Rio de Janeiro - o chamado 'Agravinho'. I. Havendo previsão, no âmbito do Tribunal de origem, de recurso interno, como, no caso, o chamado "Agravinho", para decisões unipessoais do Relator, não cabe Mandado de Segurança contra decisão do Relator que transforma o Agravo de Instrumento em Agravo Retido, incidindo no caso a Súmula 267⁄STF. II. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança improvido" (STJ, 3ª Turma, RMS n. 26828-RJ, rel. min. Sidnei Beneti, J. 28.10.2009).

Nessa linha, o remédio constitucional previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal não pode sofrer limitações nem mesmo por lei.

Em legislação comparada, o mandado de segurança assemelha-se ao amparo mexicano, que admite a suspensão do ato impugnado antes do julgamento final da causa. Tal suspensão pode ser determinada *initio litis*, por decisão *ex officio* ou a pedido do demandante. Outro aspecto relevante diz respeito à caução, passível de ser imposta a fim de reparar danos que a suspensão causar ao interessado.[3]

Muito mais que processo ou ação, em termos de atuação sobre o mundo fático, o mandado de segurança é um comando ou ordem que o órgão judiciário dirige à autoridade coatora.[4] Em apertada síntese, é um provimento jurisdicional e sua obtenção fica condicionada à propositura de demanda, ao regular exercício das vias processuais preestabelecidas e à presença dos pressupostos essenciais ao pronunciamento de mérito. Por meio do exercício da ação, forma-se um processo de cognição exauriente e se as provas pré-constituídas encartadas pelo impetrante *initio litis* forem suficientes para o convencimento do juiz, a decisão ao fim proferida é suscetível de se tornar imutável e formar coisa julgada material.

Enquanto que o mandado de segurança individual surgiu em 1934 e já vinha há muito disciplinado por meio da Lei n. 1.533 de 31 de dezembro de 1951, o mandado de segurança coletivo foi criado em 1988 pela Constituição Federal, mas ainda não tinha sido disciplinado pela legislação ordinária. O projeto que deu origem à Lei nº 12.016/09 é de autoria da Presidência da República. Tem como origem portaria conjunta da Advocacia-Geral da União, à época comandada pelo atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes. A proposta foi feita por comissão de juristas presidida pelo professor Caio Tácito e que teve como relator o professor e advogado Arnoldo Wald e como revisor o ministro do Supremo, Menezes Direito.

Também integraram a "Comissão Caio Tácito" os advogados Ada Pellegrini Grinover, Luís Roberto Barroso, Odete Medauar, e o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin. No entanto, a lei foge das idéias iniciais dos integrantes da

[3]- *Cfr.* IGNACIO BORGOA, **El juicio de amparo**, 9ª ed., México, 1973, pp. 714-717.
[4]- Para CELSO AGRÍCOLA BARBI, em célebre obra, o mandado de segurança é "'ação de cognição', que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado" (**Do mandado de segurança**, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 64. p. 44, atualizada por ELIANA BARBI BOTELHO). Como procedimento documental, ver LOPES DA COSTA, **Manual elementar de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 319.

denominada "Comissão Caio Tácito" e representa, no geral, um retrocesso.[5] Em muitos casos, a nova lei limitou-se a repetir o que já estava consolidado na jurisprudência sem trazer qualquer novidade. No que concerne às poucas inovações, a nova lei veio para ilegitimamente limitar a utilização do mandado de segurança.

Apesar dessas considerações, de acordo com os motivos expostos quando de sua edição, a nova Lei do Mandado de Segurança, que faz parte do Segundo Pacto Republicano assinado no ano de 2009 pelos Três Poderes, tem por objetivo tornar o sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.

2. Dois vetos do Presidente da República

O Projeto de Lei da Câmara, PLC nº 125/2006, que deu origem à lei, recebeu apenas dois vetos do Presidente. Além disso a Ordem dos Advogados do Brasil nacional pediu o veto de mais quatro artigos, mas não foi atendida.

O primeiro veto foi contra o parágrafo único do artigo 5º do PLC, que diz que o mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial. O correto argumento a favor do veto é que a exigência de notificação prévia como condição para a propositura do mandado de segurança poderia gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo.

[5]- Vale ressaltar, inclusive, que há uma infeliz confusão sobre a composição da comissão que efetivamente elaborou a nova LMS. A fim de esclarecer essa confusão, ADA PELLEGRINI GRINOVER, que compôs a comissão há aproximadamente 10 anos, logo após as notícias de que teria participado da elaboração da nova LMS, assim se manifestou: "*afastei-me por completo da comissão e não acompanhei o desenvolvimento de seus trabalhos. De qualquer modo, a lei em questão tem como origem projeto do Executivo, oriundo de portaria conjunta da Advocacia Geral da União, à época comandada por Gilmar Mendes. Quero deixar bem claro que não tenho qualquer responsabilidade na elaboração da lei que, no Mandado de segurança em geral, repete dispositivos da lei revogada, sem levar em conta a interpretação da doutrina e da jurisprudência que se formaram ao longo de 55 anos e que, quando inova, prejudica o cidadão (como, apenas para exemplificar na legitimação à apelação da autoridade coatora, que não é parte no processo). Em relação ao mandado de segurança coletivo, a nova lei distancia-se da doutrina e da lei no que tange ao minissistema brasileiro de processos coletivos (CDC e LACP), excluindo o mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses ou direitos difusos, restringindo a legitimação até em relação à Constituição e disciplinando a coisa julgada de modo a limitá-la e a desconsiderar seu regime na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos. O único ponto positivo da nova lei está na tipificação do crime de desobediência à ordem judiciária, mas é muito pouco para sustentar a legitimidade de um diploma legal que, numa questão tão importante para a defesa de um direito fundamental, não foi apresentada para discussão à sociedade e representa um verdadeiro retrocesso. Ada Pellegrini Grinover"* (texto disponível em http://www.conjur.com.br/2009-out-18/professor-lei-mandado-seguranca-desastre - acesso em 27 de outubro de 2009).

O segundo veto é do parágrafo 4º do artigo 6º, que estabelece um prazo de 10 (dez) dias para que o impetrante rebata a suposta ilegitimidade da autoridade coatora no processo. A justificativa do acertado veto é que a redação prejudica "a utilização de habeas corpus, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum".[6]

3. Outros vetos necessários

São interessantes alguns pronunciamentos sobre a nova disciplina do mandado do segurança quando da edição da lei.

Para o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a nova lei permitirá a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pelo mandado de segurança, além de consolidar a jurisprudência dos tribunais nessa matéria.

O Presidente nacional da OAB, Cezar Britto, criticou a decisão do presidente Lula de sancionar sem outros vetos a lei. Para Britto, a nova lei é "elitista e fere de morte o direito de defesa do cidadão". Ainda no seu entendimento, a exigência de depósito prévio para concessão de liminares, prevista na legislação, criará um verdadeiro *"apartheid"* no Judiciário entre pobres e ricos. Britto afirmou que "não é possível admitir que apenas os dotados de bens, que podem efetuar depósito prévio, poderão ter medidas liminares em seu favor. Essa disposição cria uma justiça acessível apenas aos ricos, inconcebível em um Estado Democrático de Direito".[7] Assim no correto entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o veto ao projeto deveria ter recaído também sobre outros pontos, como por exemplo sobre o artigo 7º, inc. III, e o parágrafo segundo do artigo 22, que condicionam a concessão de liminares à prestação de garantia e *"amesquinham"* a amplitude constitucional do mandado de segurança. Outro veto proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil diz respeito ao dispositivo que proíbe liminares a favor de servidores públicos, quando diz respeito à matéria remuneratória.

Por esses aspectos, lamentavelmente um tanto casuísticos, a Nova Lei do Mandado de Segurança já começa a sua vigência com um valor qualitativamente inferior à anterior.

[6]- texto disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1675094/sancionada-a-nova-lei-sobre-mandado-de-seguranca. acesso em 19 de fevereiro de 2010.
[7]- texto disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1675094/sancionada-a-nova-lei-sobre-mandado-de-seguranca. acesso em 19 de fevereiro de 2010.

4. Aspectos puramente processuais dignos de nota

Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo (art. 21, *caput*). A legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo segue o modelo já constante da Lei de Ação Civil Pública de 1985 (Lei n. 7.347). É necessário observar que o magistrado deve se preocupar com a prova do efetivo desenvolvimento de atividades voltadas à defesa dos interesses e direitos relacionados com seus fins institucionais.

Assim, a legitimidade ativa aproxima-se da representatividade adequada, requisito esse exigido nas *class actions* norte-americanas.

O binômio seriedade-eficiência deve ser demonstrado pelo ente que ingressa em juízo, ou seja, se o demandante atua concretamente na proteção dos direitos dos quais se compromete a tutelar e se sua atuação está de acordo com as expectativas do grupo, categoria ou classe representados. Tal pressuposto também está presente nos países ligados ao sistema de *civil law*. Por exemplo: Bélgica (Lei de 12.01.1993); Itália (Lei n. 349/86); França (antiga Lei de 10.07.1976 e Decreto n. 77-760, de 7.7.1977) – em todos os casos leis relativas à proteção do meio ambiente.

A Lei n. 12.016/09, no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, determina que os partidos políticos podem ingressar com a ação objetivando a defesa de integrantes relacionados com a sua finalidade partidária ou defesa dos interesses de seus integrantes, mas não pode o partido político impetrar mandado de segurança com a finalidade de defender quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade. A intenção do legislador foi evitar a utilização do mandado de segurança coletivo desvinculado com os fins institucionais do partido político.

Essa limitação é um tanto ruim, já que haverá grande discussão em torno do que pode ser considerado ou não um "fim institucional" do partido político. Sabe-se que, em muitos casos, os fins institucionais de um partido político, constantes de seus documentos constitutivos, são um tanto amplos e muito próximos daquilo que se costuma enquadrar como direitos difusos. Por outro lado, é salutar e relevante deixar que os partidos políticos passem a atuar na defesa de direitos difusos, permitindo que a sociedade gradativamente busque a defesa de direitos que pertencem a todos indistintamente.

Legitimidade passiva no mandado de segurança (art. 6º, § 3º). No que diz respeito a legitimidade passiva no mandado de segurança a Lei n. 12.016-09 definiu que a autoridade coatora poderá ser aquela que praticou o ato e aquela de quem emanou a ordem.

Tal disposição não estava prevista na Lei anterior, de modo que existia grande discussão na doutrina e jurisprudência sobre quem deveria efetivamente ocupar o pólo passivo: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual ela está vinculada.[8] Nesse sentido, o Il. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, do Col. Superior Tribunal de Justiça se manifestou em Recurso em Mandado de Segurança, após o advento da nova lei:

> A autoridade no Mandado de Segurança não é somente aquela que emitiu determinação ou ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a que executa diretamente o ato, praticando-o *in concretu*, conforme orienta o art. 6o., § 3o. da nova Lei do Mandado de Segurança, aplicável ao caso em exame, a teor do art. 462 do CPC (direito superveniente).[9]

Não cabimento de embargos infringentes. Com o advento da nova lei não mais caberão embargos infringentes no mandado de segurança. Trata-se de modificação legislativa que segue tendência de restringir o número de recursos, o que atualmente é um

[8]- "Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte". (Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 158). **Em sentido contrário**: "A autoridade coatora, na verdade, não é parte passiva, mas a 'representante processual' da pessoa jurídica. Como bem argumenta Celso Agrícola Barbi, a ré na ação de mandado de segurança não é 'a autoridade coatora', mas a pessoa jurídica, da qual ela é órgão e não ré que determina o juiz natural do mandado de segurança". (Adhemar Ferreira Maciel. *Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança*. Dimensões do Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 295-326).

[9]- Nesse sentido: Quinta Turma. MS. LEI NOVA. AUTORIDADE. EXECUÇÃO. ATO. O RMS foi interposto em razão de o TJ ter extinguido mandado de segurança, sem julgamento de mérito, ao considerar a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, sob o fundamento de que o presidente do TJ teria apenas observado a recomendação do plenário do TCU ao suspender as decisões administrativas que garantiam aos servidores daquele Tribunal o recebimento de função comissionada integral cumulativamente com o cargo efetivo e com a VPNI (Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada), cujos valores continuariam a ser pagos a títulos de Verba Remunerada Destacada (VRD), após a implementação do Plano de Cargos e Salários instituído pela Lei n. 11.416/2006. O recorrente sustenta que tal orientação normativa teve origem em consulta da Vice-Presidência do TSE cujo procedimento não ensejou o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual não vincularia o TJ, que deveria ter analisado cada caso concreto antes de suprimir o pagamento em comento. Isso posto, explica o Min. Relator que, após o advento da Lei n. 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), a autoridade coatora, no mandado de segurança, não é somente aquela que emitiu determinada ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a autoridade que executa o ato, praticando-o em concreto, conforme o disposto no art. 6º, § 3º, da nova lei, que, por sua vez, é aplicável ao caso em observância ao art. 462 do CPC (lei superveniente). Observa que também não houve a ilegitimidade da autoridade, pois a impetração não se volta contra a orientação normativa, mas em desfavor de ato da competência da presidência do TJ ao vulnerar direito líquido e certo do impetrante recorrente, tanto que foram colacionados, no MS, precedentes daquele tribunal reconhecendo que a ausência de intimação pessoal do servidor, no procedimento administrativo, ofenderia os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, o acórdão n. 582/2003 do TCU, que deu origem à orientação normativa, teve sua eficácia suspensa em razão de recurso administrativo (parágrafo único do art. 61 da Lei n. 9.784/1999) interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário (Sindjus-DF) e do Ministério Público da União, ainda sem julgamento, conforme certidão fornecida pelo próprio TCU. Diante do exposto, a Turma deu parcial provimento ao recurso apenas para determinar o retorno dos autos ao TJ para que, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, dê prosseguimento ao *mandamus*, julgando-o como entender de direito. **RMS 29.630-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 6.10.2009 (publicado no informativo de jurisprudência n. 0410, de 5 a 9 de outubro de 2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça)**

grande excesso na legislação brasileira e se caracteriza como um dos graves problemas que atingem a celeridade processual.

Cabimento de recurso (agravo de instrumento) contra a decisão liminar (art. 16, *caput*).Contra a decisão que deferir ou indeferir a liminar em mandado de segurança, está claro pelo texto legal que cabe recurso ou melhor, agravo de instrumento. Tal recurso era aceito em diversos tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.[10] No entanto, alguns tribunais e alguns julgadores integrantes de determinados tribunais não conheciam do recurso de agravo de instrumento por não haver previsão legal o autorizando.[11] Esse entendimento sempre foi muito criticado e muitos direitos, por força desse retrógrado entendimento que provoca lesões a direitos, foram simplesmente desconsiderados. Na legislação anterior e na atual, parece até óbvio que se o Código de Processo Civil "constitui fonte subsidiária da disciplina do mandado de segurança, e se no sistema codificado as decisões interlocutórias comportam impugnação por agravo de instrumento, segue-se que o mesmo deve acontecer naquele processo".[12]

---

[10]- "Processual civil. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Mandado de segurança. Decisão que defere pedido de liminar. Cabimento. Artigos 520 e 558, do Código de Processo Civil. - A decisão que concede ou nega liminar em sede de mandado de segurança é de natureza interlocutória, passível de ataque por meio de agravo de instrumento.- precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.- o artigo 558, do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe foi conferida pela lei nº 9.139/95, confere ao relator de agravo de instrumento competência para suspender a execução da decisão agravada, desde que susceptível de causar lesão grave e de difícil reparação". (STJ, 6ª Turma, Resp n. 184984/GO. rel. min. Vicente Leal, DJ.18.6.2001).

[11]- "Agravo Interno. Processual Civil. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Indeferimento de liminar. Inadmissibilidade. Não cabe agravo de instrumento contra decisão que indefere liminar em mandado de segurança. Ausência de previsão legal. Agravo interno com base no artigo 557, par. único do CPC, da decisão que nega seguimento ao agravo de instrumento. pelas razões, impõe-se seu não-provimento. Recurso não provido". (TJ-RS, 1ª Turma Especial, AI n. 70001326388, des. Rel. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, J. 16.8.2000).

[12]- Nesse sentido: "Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição. Cabimento. 1. O agravo é o recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere liminar em Mandado de Segurança, a teor dos arts. 527, II, e 588, do CPC, com a novel redação dada pela Lei 9.139/95. Precedentes do STJ: REsp 776.667/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 26/04/2007; AgRg no Ag 837.628/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ de 21.05.2007; REsp 829.938/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 25.08.2006; e REsp 743.154/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 27.06.2005. 2. A supressão de recurso tendente a modificar o provimento liminar, em sede de writ, viola os princípios constitucionais processuais da ampla defesa e do due process of law. 3. É que subtrair a possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra a decisão, que concede ou denega a liminar em mandado de segurança, ressoa incompatível com os cânones da ampla defesa e do devido processo legal de previsão jusconstitucional. 4. Dessarte, considerando que o agravo é instrumento recursal que desafia qualquer decisão interlocutória, independentemente do rito inerente à ação, correta se mostra a sua utilização contra a decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança. (...) 7. A título de argumento obiter dictum, sobreleva notar, que a novel legislação disciplinadora do mandado de segurança individual e coletivo (Lei 12.016/2009) não afasta a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes, ao revés, prevê expressamente em seu art. 15. 8. In casu, trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão

Possibilidade de impetração por meio eletrônico ou fax (art. 4º). Essa previsão já havia em lei especial (Lei n. 8.900/90) e não constitui novidade. Apenas deixa clara essa possibilidade a fim de possibilitar uma maior agilidade no ingresso e processamento do mandado de segurança.

Relação entre demandas – mandado de segurança individual e coletivo (art. 22, §1º). Há dispositivo prevendo a necessidade de desistência do mandado de segurança individual para que ele possa se beneficiar do resultado do mandado de segurança coletivo. É uma forma que o legislador brasileiro encontrou para disciplinar os chamados *opt in* e *opt out*, previstos nas *class actions* norte americanas. No entanto, depois de transcorrido o prazo de 120 dias para impetração, não terá a possibilidade de o interessado se valer da via jurisdicional célere do mandado de segurança. Portanto, esse dispositivo tem grande valia se for conferido tratamento processual privilegiado ao processamento do mandado de segurança coletivo. Aliás, esse tratamento diferenciado, prestigiando a celeridade, deveria valer para todos os processos coletivos, mas a realidade brasileira mostra precisamente o contrário, já que esses processos demoram muito mais que os outros, de natureza individual. Na verdade, a realidade mostra que processos individuais têm tramitação mais célere, fazendo com que muitas discussões trazidas em maior profundidade no processo coletivo sejam deixadas de lado em razão de o processo individual já ter sido decidido.

Criminalização na desobediência de ordem (art. 26). A nova LMS criminalizou o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança (liminares ou definitivas), relacionando a omissão da autoridade coatora ao crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal.

Contudo, independentemente da natureza do crime ao qual a lei faz referência (prevaricação x crime de desobediência),[13] é imperioso ressaltar que a criminalização de condutas, do ponto de vista prático, é inócua.

Isso porque é necessário o juiz oficiar o Ministério Público para a apuração do eventual crime, *arrastando* o andamento do mandado de segurança até que se chegue a

concessiva de liminar em mandado de segurança, proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto, a qual determinou à autoridade, apontada coatora, o fornecimento de medicamentos à impetrante, por tempo indeterminado, até o término do tratamento, consoante decisão de fl. 36. 9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08⁄2008" (STJ, 1ª Turma, REsp n. 1101740-SP, rel. min. Luiz Fux, J. 7.12.2009).
No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, "Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança", *in* **Temas de direito processual**, **sexta série**, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 215 (v. ainda, farta referência doutrinária constante deste estudo, em especial constante da nota n. 7).

[13]- CASSIO SCARPINELLA BUENO, **A nova lei de mandado de segurança**, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 152-155.

alguma conclusão no âmbito criminal. Sem falar que há o risco de a pena aplicada ser convertida em cestas básicas ou em prestação de serviços à comunidade, não solucionando a questão do cumprimento à ordem concedida no *writ.*

Seria, na verdade, muito mais eficaz o legislador fazer menção aos deveres de cooperação das partes e dos terceiros em relação ao processo, com a aplicação de *multa periódica* (*astreintes*) ou mesmo de *medidas destinadas à obtenção do resultado prático* ou mesmo *do equivalente resultado prático*. Há aqui um verdadeiro dever de cumprir as determinações emanadas dos órgãos jurisdicionais ou uma execução em *sentido impróprio*.[14]

A multa periódica constitui meio legítimo de pressão psicológica sobre aquele que não cumpre espontaneamente as determinações judiciais. Já as medidas práticas que asseguram o resultado prático podem ser determinadas pelo julgador levando-se em conta a mais adequada e que melhor atenda às especificidades do caso concreto. Esses mecanismos, embora não previstos na nova Lei do Mandado de Segurança, decorrem da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 461 do Código de Processo Civil, que relaciona no § 5º exemplificativamente as medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente. Não obstante a presença de um rol exemplificativo, o julgador, ao impor medida destinada a obtenção de tal resultado, deve observar os *limites da adequação e da necessidade* (utilidade) a partir das peculiaridades do caso. Se de um lado podem ser consideradas um *meio* (e esse é um atributo seu que sempre está presente), de outro essas medidas podem ser em alguns casos consideradas um *fim* no sentido prático, já que propiciarão em alguns casos a própria situação substancial pretendida pela parte.[15]

Coisa julgada. Convém esclarecer que não se aplica ao mandado de segurança a limitação territorial constante do questionável art. 16 da Lei de Ação Civil Pública. Portanto, a coisa julgada a ser obtida por meio do processo de mandado de segurança deve ser *erga omnes* e nunca limitada territorialmente.

Aspectos processuais não inovados pela nova lei.

(I) não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mas poderá ser aplicada pena por litigância de má-fé (art. 25);

[14]- V. SATTA, **Commentario al codice di procedura civile**, Milano, Giuffrè, 1959-1960, vol. II, p. 346.
[15]- *Cfr*. LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, São Paulo, RT, 2000, n. 50, p. 164. V. também LUCON, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, coordenação Antonio Carlos Marcato, comentários aos arts. 644 e 645.

(II) 120 (cento e vinte) dias de prazo para a impetração, contados do ato violador do direito líquido e certo (art. 23);

(III) manutenção da suspensão de segurança – medida determinada normalmente pelos Presidentes dos Tribunais contra decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição a favor do poder público. Há quem sustente aqui que a suspensão de segurança viola o tratamento paritário das partes no processo e provoca uma "limitação ilegítima à eficácia que o sistema constitucional e processual empresta à liminar e à sentença do mandado de segurança".[16] No entanto, a suspensão de segurança é instituto de grande importância na medida em que procura evitar "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas" (art. 15, *caput*).

5. Alguns aspectos de direito material e processual dignos de nota

Depósito para a apreciação (e eventual concessão) de liminares. Lamentavelmente, a exigência de depósito prévio constitui obstáculo ao acesso à justiça, já que somente aqueles dotados de condições financeiras terão direito à apreciação de seu pedido liminar.

Mas não é só: do ponto de vista da atividade econômica, a exigência de depósito prévio em situações de clara existência do direito do impetrante constitui óbice ao desenvolvimento do país, na medida em que retira do mercado recursos que propiciariam a circulação de riqueza.

O mandado de segurança e qualquer outro remédio constitucional não devem se sujeitar a limitações gerais que vedem a análise por parte dos órgãos do Poder Judiciário das particularidades do caso concreto. Isso porque se de um lado a Constituição Federal não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito e os remédios constitucionais (ou mais amplamente, as liberdades públicas), não podem sofrer limitação pela legislação infraconstitucional; de outro, leis nesse sentido vão na contra mão da história, pois os diplomas legislativos dos países de tradição romano germânica com algum caráter processual deixam clara a tendência de ampliação dos poderes do juiz a partir de um juízo de valor, principalmente fundamentado, a respeito das particularidades do caso concreto.

[16]- MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO, "Complicações para o mandado de segurança", *in* **Valor econômico de 21.9.2009**, p. E2.

No caso da nova disciplina do mandado de segurança, a lei não pode limitar o poder do juiz de, por meio de decisão fundamentada, verificar concretamente as condições de se exigir do impetrante ou não o depósito prévio. Retirar do magistrado esse poder, significa compactuar com violações a direitos. Por isso, essa limitação legal poderá ser *incidenter tantum* reconhecida como inconstitucional pelo magistrado e deferida a liminar sem o depósito prévio diante das circunstâncias do caso concreto.

Vedação de liminares em matéria remuneratória (e execução provisória). A Lei do Mandado de Segurança de 2009 proíbe liminares em matéria remuneratória a favor de servidores públicos. Essa vedação geral também não encontra respaldo na Constituição Federal, que não admite lei que permita ou autorize lesões irreparáveis. As liminares a favor de servidores públicos em matéria remuneratória devem ser excepcionais, mas não podem ser aprioristicamente excluídas por meio de lei.

Vedação de liminares (e execução provisória) para a compensação de créditos tributários. Por dispositivo constante da nova LMS, vedada é a concessão de liminares destinadas a compensar créditos tributários. No entanto, se a compensação está inequivocamente demonstrada por meio de prova documental (prova pré-constituída), porque não admitir a suspensão de execução fiscal na qual já se sabe não poder prosperar? Não há razões de ordem lógica para não admitir pelo menos a antecipação de alguns aspectos práticos da decisão, transitada em julgado e proferida em sede de mandado de segurança, que reconheça a compensação.

Vedação de liminares (e execução provisória) quando o seu objeto for a entrega de bens e mercadorias provenientes do exterior. Pelo art. 60, par. único da Lei n. 12.016/09, não poderá ser concedida liminar destinada a "liberar mercadorias e bens provenientes do exterior". Da mesma forma que a vedação de liminares em matéria remuneratória de servidores públicos, a nova disciplina certamente provocará lesões irreparáveis quando manifestamente presente o direito do impetrante *initio litis.* A vedação genérica à concessão de medidas de urgência fere a garantia constitucional de processo justo, já que de nada adianta em muitos casos uma decisão justa porém intempestiva, incapaz de tutelar o direito da parte. Concretamente, o art. 60, par. único compactua com o dano irreparável.[17] Por outro lado, é preciso se ter em mente que as medidas de urgência fundam-se no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no inc.

[17]- V. MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO, "Complicações para o mandado de segurança", *in* **Valor econômico de 21.9.2009**, p. E2; CRISTIANO CARVALHO, "Ineficiência e o novo mandado de segurança", *in* **Valor econômico de 25. 9.2009**, p. E2.

XXXV do art. 5º da Constituição Federal; uma decisão judicial tardia e intempestiva nada tutela.

6. Liminar no mandado de segurança

Exatamente por constituir *remédio heróico* destinado a corrigir desvios praticados por agentes públicos detentores de poderes que, para desempenho de suas funções, precisam ser-lhes outorgados, o mandado de segurança exige um procedimento célere, apto a possibilitar uma providência jurisdicional rápida e de eficácia imediata.[18]

Por sua inegável relevância prática e doutrinária, no procedimento especialíssimo do mandado de segurança destaca-se a suspensão liminar do ato impugnado. Sua concessão depende de dois pressupostos indispensáveis: a) relevância do fundamento justificador do pedido; b) ineficácia do julgamento final em razão da demora, caso seja ao fim concedida a segurança.[19]

Outro aspecto a ser destacado é a polêmica em torno da natureza da liminar concedida no mandado de segurança.

A maior parte da doutrina brasileira que estudou o tema, sustenta ter a liminar natureza de medida cautelar.[20] Outros autores, porém, negam ter a ordem liminar natureza cautelar, mas de verdadeira tutela antecipada da segurança que ao fim o impetrante deseja.[21]

Antecipando ou não a segurança, certo é que a liminar no mandado de segurança é um comando dado após cognição sumária, pois o impetrante deve produzir, já na petição inicial da impetração, a prova do direito líqüido e certo. Ao concedê-la, o juiz não realiza um mero juízo de verossimilhança acerca da existência do direito (cognição superficial), mas verdadeiro juízo de probabilidade (cognição sumária).

Em função de ser uma ordem concedida *initio litis* em cognição sumária para

---

[18]- V. DINAMARCO, "Execução provisória de mandado de segurança", *in* **Fundamentos do processo civil moderno**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, n. 302, p. 472.

[19]- PONTES DE MIRANDA, sempre contundente, fala em *ineficiência da segurança* em seus **Comentários ao Código de Processo Civil** (de 1939), Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 5, p. 191.

[20]- Nesse sentido, v., entre outros, CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Do mandado de segurança** *cit.*, n. 186, pp. 141-142; OTHON SIDOU, **Do mandado de segurança**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 215; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança", Rio de Janeiro, Forense, RF 178/465.

[21]- HAMILTON DE MORAES E BARROS sustenta que a liminar constitui "entrega provisória e antecipada do pedido" ("Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973", Rio de Janeiro, Forense, RF 246/202).

tutelar de imediato determinado direito líqüido e certo, tem a liminar no mandado de segurança a natureza jurídica de medida de urgência, não definitiva.[22] Nessa linha, perfeitamente possível exigir-se do impetrante, sempre a partir das circunstâncias que lhe são apresentadas e fundamentadamente, caução que atua como verdadeira garantia.[23] O que não se pode admitir, como dito, é a lei estabelecer vedações de caráter geral à concessão de liminares. Até mesmo normas gerais, que não levam em consideração as especificidades do caso concreto, apenas autorizando a concessão de liminares mediante caução, devem ser questionadas e vistas com certa reserva.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à duração da ordem liminar no mandado de segurança, que ordinariamente se estende até o momento em que é revogada ou confirmada por ato fruto de maior cognição, que a substitui.

Como já afirmado, "a liminar concedida *initio litis*, pelo mesmo fenômeno que ocorre no processo cautelar, não mais deve subsistir sendo denegada a segurança (ou simplesmente, julgado improcedente o pedido deduzido na petição inicial)".[24] E ainda: "é inconcebível a manutenção de uma decisão liminar, fruto de cognição sumária, havendo uma sentença, ato logicamente superior e resultado de cognição exauriente, denegando a segurança pretendida pelo impetrante".[25]

No entanto, nada impede que o juiz receba o recurso interposto contra a sentença no efeito suspensivo. A grande realidade é que o juiz, ao receber o recurso contra a sentença, se houver requerimento da parte, poderá antecipar a tutela recursal, seja para suspender os efeitos da sentença passível de execução provisória, seja para antecipar a própria tutela recursal que constitui o pedido formulado no mandado de segurança. Contra essa decisão, caberá agravo de instrumento dirigido ao Tribunal competente e o relator designado poderá ou não conceder o efeito suspensivo ou ativo.

---

[22]- FREDERICO MARQUES corretamente sustenta que o juiz, ao conceder a liminar apenas pratica "ato jurisdicional de cognição incompleta, proferido segundo o estado da causa" (**Instituições de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4, p. 210).

[23]- Coerente com seu posicionamento segundo o qual tem a liminar natureza cautelar, CELSO AGRÍCOLA BARBI sustenta ser possível exigir-se a contracautela, **Do mandado de segurança** *cit.*, n. 186 , p. 145.

[24]- LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, n. 86, p. 321. Com igual entendimento, v. CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Do mandado de segurança**, n. 192, p. 151. *Cfr.* ainda a Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal: "denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária". MENDONÇA LIMA, em sentido contrário, defende a subsistência da liminar mesmo após o trânsito em julgado da sentença (*op. cit.*, pp. 462-466).

[25]- LUCON, **Eficácia** *cit.*, pp. 321-322.

7. Conclusão

Alguns pontos aqui suscitados merecem uma detalhada análise por parte dos órgãos do Poder Judiciário, com a análise *incidenter tantum* ou *principaliter* da constitucionalidade de certos dispositivos da Lei n. 12.016/09.

A nova Lei é processualmente pouco mais avançada que a anterior, mas quando trata de matérias processuais e de direito material, principalmente no que concerne à vedação apriorística de liminares, em situações casuísticas nada técnicas do ponto de vista legislativo, viola frontalmente o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Por fim, entende-se que, para evitar as drásticas inovações feitas pelo legislativo, convém buscar uma maior participação da comunidade jurídica na edição das leis, o que infelizmente não se viu na nova Lei do Mandado de Segurança.

8. Referências bibliográficas

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Do mandado de segurança*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 64. atualizada por ELIANA BARBI BOTELHO.

BORGOA, IGNACIO. *El juicio de amparo*, 9ª ed., México, 1973.

CARRETEIRO, MATEUS AIMORÉ. Complicações para o mandado de segurança, *in Valor econômico de 21.9.2009*.

CARVALHO, CRISTIANO. Ineficiência e o novo mandado de segurança, *in Valor econômico de 25. 9.2009*.

DA COSTA, LOPES. *Manual elementar de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1956.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Execução provisória de mandado de segurança, *in Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, n. 302.

FERREIRA MACIEL, ADHEMAR. Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. Disponível em http://www.conjur.com.br/2009-out-18/professor-lei-mandado-seguranca-desastre - acesso em 27 de outubro de 2009.

LIMA, ALCIDES DE MENDONÇA. *Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, RF 178/465.

LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, coordenação ANTONIO CARLOS MARCATO, comentários aos arts. 644 e 645.

LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, HUGO DE BRITO. *Mandado de segurança em matéria tributária*, 3ª ed., São Paulo, Dialética, 1998.

MARQUES, FREDERICO. *Instituições de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4.

MIRANDA, PONTES DE. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 5.

MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000.

MORAES E BARROS, HAMILTON DE. *Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973*, Rio de Janeiro, Forense, RF 246/202.

MOREIRA, BARBOSA. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança, *in Temas de direito processual, sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *A nova lei de mandado de segurança*, São Paulo, Saraiva, 2009.

SIDOU, OTHON. *Do mandado de segurança*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

V. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1959-1960, vol. II.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INELEGIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA E A SUBVERSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Rodrigo Fernandes

Pesquisador do Grupo de Pesquisa Matrizes Autoritárias do processo penal brasileiro: para além da influência do Código Rocco (1941), sob a coordenação do Prof. Dr. Geraldo Prado. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito, da UFRJ.

Resumo: O foco do trabalho recai sobre a análise da inelegibilidade decorrente de condenação criminal não transitada em julgado, sua repercussão sobre o princípio da presunção de inocência e a compatibilidade constitucional do dispositivo que a inseriu no ordenamento brasileiro. Tem-se como objeto de estudo, portanto, as alterações produzidas pela Lei Complementar n. 135/10 para efeitos de limitação de direitos políticos positivos, os discursos que fundamentam essas restrições, a possibilidade de violação do estado de inocência, e em que medida isto pode representar um avanço autoritário sobre o modelo constitucionalmente consagrado, sob a perspectiva do direito processual penal e constitucional.

Abstract: The research focuses on analyzing the ineligibility as a consequence of reversible condemnatory sentences, its repercussion for the principle of presumption of innocence and constitutionality of the ordinance which incorporated it in the Brazilian laws. Therefore, this study targets the modifications introduced by Complimentary Ruling number 135/10 in order to limit positive political rights, the discourse that justifies those restrictions, the possibility of violating the innocence status and to which extent this may constitute an autoritary tendency affecting the framework constitutionally established, from the perspective of criminal procedural and constitutional law.

Palavras-chave: inelegibilidades; presunção de inocência; autoritarismo; direito processual penal; direito constitucional

Keywords: inelegibilities; presumption of innocence; authoritarism; penal procedural law; constitutional law.

Sumário: Introdução; 1. A LC 135/10 e a inelegibilidade de condenação não transitada em julgado; 2.Natureza, origens e extensão da presunção de inocência; 3. A incompatibilidade constitucional do art. 1º, I, "*e*" da LC 64/90; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho problematiza a compatibilidade constitucional da Lei Complementar n. 135/10, que produziu alterações na Lei de Inelegibilidades, no que se refere ao estabelecimento de hipótese de inelegibilidade decorrente de condenação criminal sem a ocorrência do trânsito em julgado. Tem por objetivo, portanto, verificar se e em que medida o dispositivo viola o princípio constitucional da presunção de inocência e, diante disso, qual o significado da incorporação dos discursos que fundamentaram sua edição.

Assim é que, num primeiro estágio, será abordado o contexto que conduziu à alteração da Lei Complementar n. 64/90, desde a Emenda Constitucional de revisão n. 4, até o projeto de lei de iniciativa popular que culminou na LC n. 135, passando-se pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 144, e comparando-se o atual estágio da matéria com o quadro eleitoral existente durante o Regime Militar.

Numa segunda etapa, se analisará o desenvolvimento do princípio da inocência, seus efeitos e extensão enquanto direito fundamental, bem como seu conteúdo, para, num terceiro passo, se avaliar a violação, pela hipótese de inelegibilidade em estudo, da presunção de inocência, tanto quanto a possibilidade de uma retomada de espaço de discursos com raízes autoritárias.

1. A LC 135/10 E A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO

A partir da segunda metade dos anos 2000, os termos “ficha limpa” e “ficha suja”, apropriados e difundidos pelos meios de comunicação de massa, têm sido frequentemente usados, no período eleitoral, para designar “bons” e “maus” candidatos. O discurso em torno das “fichas” dos aspirantes ao exercício de cargos eletivos se dá em torno da associação da “corrupção generalizada”, de uma tal “sujeira” que envolveria a política, aos “maus candidatos”, em cujos “históricos” estariam as raízes das principais mazelas da sociedade. O sucesso, no pleito, dos “fichas sujas” representaria, a um só tempo, a desmoralização da política e a ruína da probidade administrativa.

A constatação do espaço tomado por este discurso vem, certamente, acompanhada de alguns questionamentos: o que exatamente torna “suja” a “ficha” de um candidato? Que

"máculas" em sua trajetória podem indicar um futuro comprometimento da moralidade administrativa?

Os debates que desencadearam na elaboração do Projeto de Lei Complementar n. 518/09, que, por meio da Lei Complementar n. 135/10, alterou a Lei de Inelegibilidades, pode indicar não somente as respostas que determinados segmentos sociais dão a estes questionamentos, mas, principalmente, o espaço e a dimensão que discursos autoritários repetidos podem tomar, ou retomar, mesmo após sua aparente superação.

A corrupção e o uso indevido da máquina do Estado, não são fenômenos originalmente ou somente brasileiros, tanto quanto não são algo recente nem ausente nos debates políticos e em sua apropriação e reforço pela mídia. No entanto, naturalmente, os regimes autoritários da segunda metade do século XX deram sua significativa contribuição para a construção de uma imagem da política como algo desinteressante e repugnante.

Se os males de sempre são hoje tratados como problemas surgidos no presente e cuja causa é identificada por meio de equações simples que sempre desembocam na "impunidade", a partir do período autoritário os direitos e garantias individuais são frequentemente apontados como obstáculos ao desenvolvimento, à medida que permitiriam e incentivariam a "contaminação" da política.

Um dos elementos desta "impunidade" residiria na ausência de condenações criminais de "conhecidos criminosos", que criaria óbice à sua eliminação do jogo político.

Muito embora não seja nenhuma novidade, a discussão em torno da inelegibilidade de candidatos processados criminalmente, ainda que sem culpabilidade declarada, ou até mesmo de investigados, é vista por muitos como democrática diante de uma pretensa preservação da moralidade. O impedimento de sua candidatura, diante de um quadro de "corrupção" generalizada e "impunidade", é apontado como a mais nova grande solução para os problemas da Administração Pública e da humanidade.

Foi exatamente neste sentido que, a partir de 2006, mas fundamentalmente nas eleições de 2008, se deu a intensificação do debate acerca da necessidade do trânsito em julgado para a valoração, no âmbito dos Direitos Políticos Negativos[1], da existência de processos em curso ou de condenações não transitadas em julgado.

As elegibilidades, anota José Afonso da Silva, estão situadas no campo dos Direitos Políticos Positivos e, portanto, diretamente ligadas ao pleno exercício da cidadania.

[1] Em oposição aos Direitos Políticos Positivos, estes seriam obstáculos ou requisitos ao exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva. Neste sentido SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 364-370

Referem-se à *capacidade eleitoral passiva, à capacidade de ser eleito*[2] e dizem com o direito de, preenchidas determinadas condições, trazidas pela Constituição e pela lei, postular-se a ocupação de um mandato eletivo.

As condições de inelegibilidade, a seu turno, integram parte das exigências para o exercício da capacidade eleitoral passiva, na medida em que, sendo obstáculos às elegibilidades, a possibilidade de um cidadão figurar como candidato a cargo eletivo está condicionada à sua não incidência. Como a regra relativa às elegibilidades é a da universalidade, suas limitações são *ilegítimas quando estabelecidas com fundamento político ou para assegurarem o domínio do poder por um grupo que o venha exercendo*[3], pois significam severa restrição aos direitos políticos.

Se a Constituição de 1988 trouxe, em seu art. 14, cláusulas de inelegibilidade de aplicação imediata, na trilha da Constituição de 1967-69, seu parágrafo nono possibilita o estabelecimento de outras limitações a partir da edição de Lei Complementar.

Assim é que a LC n. 64 de 1990 definiu, em seu art. 1º, I, alínea 'e', que seriam inelegíveis os *condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos após o cumprimento da pena*. Embora difira da hipótese trazida pelo art. 14, da Carta Constitucional, de suspensão de direitos políticos (ativos e passivos) como efeito da pena, em consonância com este dispositivo, a norma infraconstitucional reforçava a ideia da necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a restrição destes direitos.

A partir da Emenda Constitucional de revisão n. 4/94, a redação do art. 14, §9º foi alterada, passando a dispor que Lei Complementar estabeleceria outras hipóteses de inelegibilidade, *a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato*.

Com a inclusão da expressão “vida pregressa”, a apropriação da modificação pelos discursos anteriormente referidos se deu no sentido do entendimento de que a alteração do texto constitucional consubstanciou na criação normativa de novo requisito para o estabelecimento de restrições à capacidade eleitoral passiva.

[2] *Ibid*. p. 366-367
[3] *Ibid*. p. 388

A LC n. 64/90, elaborada à luz da norma anterior, se demonstraria, assim, incompatível com a nova exigência, no ponto relativo à exigibilidade do trânsito em julgado de condenação criminal.

Segundo este entendimento – consubstanciado inicialmente em decisões sobre pedidos de registro de candidaturas em 2006, que levaram a discussão aos Tribunais Regionais Eleitorais e ao Tribunal Superior Eleitoral, e posteriormente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2008 – de um lado, a norma do parágrafo nono seria auto-aplicável, ao contrário da posição firmada na Súmula 13/TSE, de 1996[4], e, de outro, o parâmetro da ocorrência do trânsito em julgado teria sido revogado pela ECR n. 4/94.

Ainda em 2008, durante o período de registro de candidaturas para as eleições municipais, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF n. 144, decidindo pela improcedência da Arguição, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Entendeu o STF, naquela oportunidade, no caminho apontado pelo voto do relator, Ministro Celso de Mello, pela imprescindibilidade do trânsito em julgado para efeitos de inelegibilidade, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, cujas repercussões, tradicionalmente ligadas à esfera processual penal e penal material, irradiavam para o Direito Eleitoral[5].

[4] "Não é auto-aplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94." Tribunal Superior Eleitoral. Súmula 13. DJ de 28, 29 e 30 de Outubro de 1996.

[5] Neste sentido, diz a Ementa do referido Acórdão "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, "N"), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA -

Em seus votos, alguns magistrados, como o Min. Cezar Peluso, sublinharam que, ante a inexistência de definição legal de "vida pregressa", não caberia ao Judiciário apontar as situações passíveis de valoração pela Justiça Eleitoral para a inelegibilidade com base na expressão, assim como, no âmbito de normas restritivas de direitos, seria impossível interpretação expansiva do art. 14, §9º.

Não obstante tenha a decisão estabelecido um marco na afirmação categórica da natureza e dos efeitos da presunção de inocência, a partir do modelo adotado pela Constituição da República, o argumento da não auto-aplicabilidade do parágrafo nono, do art. 14, da CR, fez com que as energias da defesa do discurso contra sua incidência em termos de restrições à elegibilidade, se voltassem, então, à alteração legislativa da LC n. 64, para afastar a exigibilidade do trânsito em julgado de decisão penal condenatória para a inelegibilidade.

Assim é que, ainda em 2008, surgiu o chamado "Movimento Ficha Limpa", que recolheu assinaturas em torno de um projeto de lei de iniciativa popular, elaborado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, dentre outras entidades[6]. Dentre inúmeras alterações de constitucionalidade duvidosa, o Projeto estabelecia a inelegibilidade em decorrência de *condenação em primeira ou única instância* ou do *recebimento de denúncia por órgão colegiado pela prática dos crimes descritos nos incisos XLII ou XLIII do art. 5 da Constituição Federal*[7].

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL" *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n. 144, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/02/2010

[6] "Campanha Ficha Limpa: uma vitória da sociedade!", disponível em <http://www.mcce.org.br/node/125>, acesso em 10 de março de 2011

[7] Projeto de Lei da "Ficha Limpa", Disponível em http://mcce.org.br/sites/default/files/projeto_27_05.pdf, acesso em 10 de março de 2011

Com a incorporação, pela grande mídia, do discurso da "ficha limpa" - ideia traduzida pela desconsideração da presunção de inocência para a valoração, em termos eleitorais, da possibilidade do exercício de mandato eletivo -, foi recolhido número de assinaturas suficiente para que o Projeto fosse aceito pelo Congresso Nacional, que o votou e aprovou de forma unânime, sem maiores reflexões, num contexto de grande pressão da imprensa, às vésperas do pleito de 2010, produzindo algumas alterações sobre seu texto.

Após a sanção presidencial, a Lei Complementar n. 135/10 entrou em vigor, alterando inúmeros dispositivos da LC. n. 64, dentre os quais a redação de seu art. 1, I, alínea "e", que passou a dispor que seriam inelegíveis os candidatos, para qualquer cargo, *condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena*.

O dispositivo também ampliou significativamente o rol dos crimes que gerariam a inelegibilidade e, na prática, estabeleceu e estendeu restrição de direitos políticos positivos, a partir do afastamento da necessidade de condenação transitada em julgado.

A despeito disto, dentre os pontos abordados na discussão do extenso Acórdão prolatado na ADPF n. 144, importante destacar a menção à opção política de superação, pela Constituição Republicana de 1988, do modelo de restrição à capacidade eleitoral marcado pela Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, outorgada durante a Ditadura Militar.

De fato, a observação do processo de modificação da Carta de 1967, no tocante ao tema dos direitos políticos, e do estabelecimento, pela Lei Complementar n. 5, de 1970, de hipóteses de inelegibilidades, para além das já trazidas pela Constituição, é esclarecedora e ajuda a compreender o contexto em que hoje é produzido e reproduzido o discurso sobre a "moralidade" e os "fichas sujas".

À surpreendente semelhança do modelo autoritário, a modificação do texto constitucional de 1988 pela Emenda de Revisão n. 4/94 e a edição da LC n. 135/10, se deram, em determinados aspectos, com o uso das mesmas expressões e das mesmas ideias trazidas pela EC n. 1 de 69, que, na prática estabeleceu nova Constituição, outorgada por uma Junta e *produto de um poder usurpado, [que] viveu até 1988, sob a maldição da*

origem militar[8], e pela Lei Complementar n. 5/70, que consagrou o modelo eleitoral autoritário que vigorou no país durante o regime militar inaugurado em 1º de abril de 1964.

Com efeito, enquanto a Constituição de 1967, em seu art. 148, reservava à Lei Complementar o estabelecimento de casos de inelegibilidade, mencionando a preservação de um *regime democrático* inexistente, da *probidade administrativa*, e da *normalidade e legitimidade das eleições*, a EC. n. 1/69, resultante de um *momento de radicalização institucional da ditadura na qual os militares se atribuíam a prerrogativa de desenhar (…) o Colégio Eleitoral que escolheria o Presidente da República*[9], estabeleceu, no art. 151, IV, o objetivo de proteção da *moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato*, cuja redação é idêntica à introduzida no art. 14, parágrafo nono da atual Constituição, pela Emenda n. 4/94.

À semelhança da ideia de necessidade de valoração de elementos relativos à prática de crimes, antes da conclusão de suas respectivas declarações pela justiça criminal, trazida pela LC 135/10, a Lei Complementar n. 5, Estatuto das Inelegibilidades do Regime Autoritário, estabelecia em seu art. 1º, I, alínea "n", que seriam inelegíveis, para qualquer cargo, os que tivessem sido condenados ou respondessem *a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social*, dentre outros crimes, *enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados*.

A norma foi objeto de análise pelo Tribunal Superior Eleitoral, que a entendeu inconstitucional, inobstante a ausência de menção constitucional expressa à presunção de inocência, em meados dos anos 70, dentre outros, nos Recursos Ordinário n. 4.189/RJ e Especial n. 4.466, de relatoria dos Ministros Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal veio posteriormente, no ano de 1977, a ratificar a constitucionalidade dos dispositivos nos julgamentos dos Recursos Extraordinários n. 86.297/SP, 86. 579/MG, e 86.664/CE, de Relatoria dos Ministros Thompson Flores e Eloy da Rocha, respectivamente, não sem uma profunda discussão sobre o conteúdo da presunção de inocência.

A respeito da Lei Complementar n. 135, no ponto que se refere à necessidade do trânsito em julgado para a elegibilidade, o pleno do STF deverá vir a se manifestar no Recurso Extraordinário n. 633.707/RO, interposto pelo Deputado Federal Natan Donadon,

[8] GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a Ditadura Escancarada*, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2002, p. 135.
[9] *Loc. cit.*

contra Acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, no Respe n. 1131-43.2010.6.22.0000, que manteve o indeferimento de sua candidatura com apoio no texto alterado da LC n. 64/90. O então candidato foi diplomado com esteio em liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, na Ação Cautelar n. 2.763, que objetiva a suspensão dos efeitos da decisão do TSE.

2. NATUREZA, ORIGENS E EXTENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como se apontou no capítulo precedente, a Lei Complementar n. 135/10, produzida no contexto de difusão dos discursos de defesa da "ficha limpa", se direcionou a uma amplificação das restrições à participação política, no âmbito dos direitos políticos negativos. No bojo dessa extensão, os discursos dirigem-se ao ataque, de forma direta e indireta, aos direitos e garantias individuais, dentre os quais se destaca a presunção de inocência.

No que tange à valoração negativa, para efeitos de inelegibilidade, de fatos que possam, em tese, configurar crimes, por meio da restrição de direitos políticos a partir da existência de ação penal ainda não concluída, há implicações diretas sobre o princípio constitucional da presunção de inocência. Cumpre, portanto, nesta etapa, analisá-lo para que seja possível compreender, em seguida, sua incompatibilidade constitucional e democrática.

O princípio da presunção de inocência se desenvolve fundamentalmente a partir do marco da Revolução Francesa, em fins do século XVIII, essencialmente como construção política voltada ao indivíduo e à preservação de sua dignidade. Ganha, ao longo desse desenvolvimento, tanto quanto os próprios direitos fundamentais, uma dimensão mais abrangente, representando um valor inerente à própria democracia e à humanidade.

Conforme aponta Mauricio Zanoide de Moraes[10], a presunção de inocência é trazida ou mencionada pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Representava, à uma época de intensas transformações sociais, políticas e filosóficas da sociedade ocidental, promovidas a partir da Ilustração, uma mudança no eixo processual penal, com a valorização do homem, bem como o rompimento com a presunção de culpa que orientava o sistema processual da Inquisição, durante a Idade Média.

[10] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77-86.

A própria junção dos termos "presunção", associado à ideia de *praesumptio*, e "inocência", possuía, neste contexto, um significado mais político do que técnico, pois objetivava a garantia dos cidadãos frente o Estado[11].

No decorrer dos séculos XIX e XX, no entanto, o tratamento da presunção de inocência pelas Escolas italianas contribuiu decisivamente para forjar sua noção e o tratamento que recebeu em cada ordenamento. A modificação da compreensão de seu sentido se deu constantemente conforme seu uso ideológico, desenvolvendo-se de acordo com as sucessivas reações a expansões liberais que consagravam o princípio.

No contexto do pós Segunda Guerra, a necessidade de afirmação dos direitos humanos e a vinculação de sua proteção internacional levaram à consagração destes direitos por tratados internacionais. O reconhecimento da presunção de inocência como valor democrático foi consagrado, assim, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948[12], que passou a ser seu marco de referência internacional. Posteriormente, foi reafirmado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[13], bem como pela Convenção Americana de Direitos Humanos[14].

No Direito brasileiro, a presunção de inocência foi positivada enquanto direito fundamental e mencionada expressamente, pela primeira vez, pela Constituição de 1988, em superação ao modelo autoritário que predominou durante o século XX.

Muito embora seja inquestionável sua consagração pelo art. 5º, LVII, da CR, o texto constitucional não faz menção à expressão "inocência", afirmando apenas que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

A redação traduz a adoção da construção italiana, identificada com a ideologia fascista. Em função dela, *passaram alguns a entender a consagração de um princípio da presunção de não-culpabilidade*[15], ideia que se afasta, tanto sob o ponto de vista da

[11] Segundo Zanoide, a ideia tripartite de *praesumptio* incorporada pelo Iluminismo e politicamente usada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, advém de uma adesão "à ordem natural das coisas (...). um critério de escolha na distribuição do ônus da prova (...) e, por fim, uma indicação ética de valoração geral da prova". *ibid*, p. 86.

[12] "Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

[13] "Artigo 14. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

[14] "Artigo 8º 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

[15] NICOLITT, Andre Luiz, *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 59.

presunção de inocência enquanto norma de tratamento, quanto em decorrência da compreensão da origem da ideia de neutralidade e "não-culpabilidade" e de suas matrizes ideológicas.

Vista a origem e o desenvolvimento do princípio, cumpre agora analisar seu conteúdo a partir do que Nicolitt[16] denomina *axiologia tridimensional* da presunção de inocência, dando-se ênfase, em decorrência da natureza do presente trabalho, à sua dimensão de norma de tratamento.

A presunção de inocência se manifesta sob três dimensões: como norma de tratamento; como regra probatória e como regra de garantia. Zanoide aponta ainda uma classificação que faz referência a uma dimensão de norma de juízo.

Em apertada síntese, enquanto regra probatória, a presunção de inocência se vê projetada sobre o ônus do *Estado-parte provar todos os fatos que compõe a acusação* que conduz ao critério do *in dubio pro reo*. Já como regra de garantia, se impõe ao Estado, como se verá adiante, como garantia objetiva e subjetiva do indivíduo frente à atuação de agentes estatais.

Como norma de tratamento, construída pela matriz da *Civil Law*[17], a presunção de inocência diz respeito, ao mesmo tempo, a uma garantia do cidadão e uma imposição ao Estado e aos particulares, de que o indivíduo submetido à investigação criminal ou a um processo-crime deva ser tratado como se inocente fosse até que haja a certeza jurídica, construída durante o processo, de que tenha praticado uma conduta típica, ilícita e culpável.

Independentemente de qualquer suspeita, o investigado ou réu não pode ver-se *diminuído social, moral ou fisicamente*[18] antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, quando há a declaração de sua culpabilidade. O tratamento dispensado a ele deve ser, nestes termos, igual ao praticado em relação a todas as demais pessoas, durante o período compreendido entre a investigação até *e, inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores*[19].

[16] *Loc. cit.*
[17] MORAES, M. Z. *Op. cit*. p. 427.
[18] NICOLITT, A . *op. cit.*, p. 59.
[19] CASARA, Rubens R. R. *Testemunhas 'acreditadas': da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro* in *Temas para uma perspectiva crítica do direito In Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado.* CASARA, Rubens R. R. e LIMA, Joel Corrêa de (Orgs). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 909.

Esta dimensão representa, ainda, um impedimento a qualquer espécie de juízo prévio[20], ou seja, conforme a máxima do *nulla poena sine judicio*, a aplicação da pena ou de qualquer outro efeito decorrente da condenação criminal depende de uma declaração formal da culpabilidade, única forma de *señalar a un sujeto como autor culpable de un hecho punible o participe en él*[21] , sob pena de antecipação da pena, de modo que, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, assinala Julio Maier,

> la situación jurídica de un indivíduo frente a cualquer imputación es la de un inocente, mentras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia juridico-penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, com prescindencia de la imputación deducida [22].

A partir desta lógica, se, em suas diferentes manifestações, a presunção de inocência assegura, indiretamente, diferentes direitos fundamentais, ao rechaçar o juízo prévio, sua dimensão de regra de tratamento protege o indivíduo da antecipação de qualquer sanção ou restrição que logicamente dependa de uma declaração sobre sua inocência ou culpabilidade, inclusive efeitos que só surgiriam com a sentença condenatória transitada em julgado.

Violam, pois, a presunção de inocência, quaisquer dispositivos que *de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que*, prima facie, *somente adviria por força de decisão condenatória definitiva*[23].

Em seu aspecto extrínseco ou formal, a presunção de inocência é direito fundamental constitucional. Assim, se gera, no plano subjetivo, direitos e garantias para os indivíduos, conferindo-lhes posições de vantagem, individual e coletivamente[24], e, ainda, deveres de limitação da atuação estatal, no âmbito objetivo, projeta seus efeitos *mesmo que não haja uma necessidade específica de um indivíduo*[25], complementando suas funções no plano subjetivo.

Sob este prisma, a presunção possui um escopo expansivo, que impõe uma constante ampliação de seu âmbito de proteção. Deve este princípio, enquanto direito

[20] Neste sentido, enquanto Luis Flavio Gomes sublinha que "como regra de tratamento, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc." GOMES, L. F, *op. cit.*, p. 114.
[21] MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2004, p. 491-492.
[22] *Loc. cit.*
[23] MORAES, M. Z, *op. cit.*, p. 427.
[24] *ibid*. p. 227-240.
[25] *ibid*. p. 240.

fundamental, ser compreendido da maneira mais ampla possível, irradiando-se seus desdobramentos para todo o sistema jurídico e, horizontalmente, para os particulares[26].

Portanto, no âmbito da eficácia irradiante e horizontal da presunção de inocência enquanto direito fundamental, em sua dimensão objetiva, observa Zanoide que a presunção se dirige aos agentes públicos e privados, de sorte que *deve vincular toda e qualquer produção legislativa, assim como deve, outrossim, ser critério hermenêutico das normas infraconstitucionais aplicáveis ao caso concreto*[27].

No mesmo sentido, enquanto Amilton Bueno de Carvalho destaca que a realização do princípio *exige uma postura ativa (e não de mera passividade) da Agência Judicial*[28], Rubens Casara leciona que, em decorrência de uma valoração constitucional, a presunção de inocência é condicionante da atuação de qualquer agente estatal[29].

A eficácia ampliativa do referido direito fundamental, desdobra-se, ainda, num dever estatal de proteção. Este dever, consectário da dimensão objetiva da presunção de inocência enquanto direito fundamental, adequado à perspectiva de que o Estado tem, hoje, um papel preventivo e repressivo contra a violação de direitos fundamentais, deve se projetar no plano legislativo, administrativo[30] e judicial, como o reconheceu o STF no julgamento da ADPF n. 144, de sorte que o Estado deve adotar posturas positivas contra sua violação ou restrição e, portanto, para sua efetivação. Neste sentido, Mauricio Zanoide sustenta a:

> necessidade de se impedir a criação de normas que proíbam que pessoas submetidas a ações ou a investigações criminais inconclusas assumam cargos, participem de processos seletivos para empregos ou, ainda, possam se inscrever em concursos públicos ou se candidatar a cargos eletivos[31].

Na medida em que, original e preponderantemente, a presunção de inocência se refere, em decorrência de sua natureza intrínseca, ao processo penal, e

[26] *ibid*. p. 247-248.
[27] *Ibid*. p. 250. No mesmo sentido, assevera Luis Flávio Gomes que a presunção de inocência traz, em si, uma "vinculação de todos (poderes públicos e particulares), que lhe devem estrita obediência". GOMES, L. F, *op. cit.*, p. 110-111.
[28] CARVALHO, Amilton Bueno de, *Direito alternativo: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 104-105, apud CASARA, Rubens R. R. *Testemunhas 'acreditadas': da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro* in *Temas para uma perspectiva crítica do direito In Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado.* CASARA, Rubens R. R. e LIMA, Joel Corrêa de (Orgs). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 909.
[29] CASARA, R. R. R, *op. cit.*, p. 909.
[30] Neste sentido, observa Luis Flávio Gomes que a presunção de inocência, porque dotada de supergarantias, em síntese, é de imperativa observância e aplicação, inclusive no que concerne ao âmbito das infrações e procedimentos administrativos. GOMES, L. F., *op. cit.*, p. 109.
[31] MORAES, M. Z, *op. cit.*, p. 254.

limita,consequentemente, o legislador em matéria penal[32], sua natureza ampliativa e o dever de proteção imposto ao Estado demonstra que o princípio condiciona e irradia seus efeitos a todos os demais campos do Direito, inclusive o Eleitoral.

O Estado, para concretizar o princípio da presunção de inocência, recebe do legislador constituinte, que o definiu como direito fundamental, *o dever de adotar todas as medidas que permitam assegurar ao indiciado ou acusado tratamento digno, mesmo que para isso a realização de seus interesses se torne mais difícil*[33]. Decorrendo do princípio da preservação da dignidade humana, a presunção de inocência constitui-se em verdadeiro princípio informador e matriz axiológica não só do sistema jurídico, mas do próprio Estado Democrático de Direito.

3. A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 1º, I, "e" DA LC 64/90

Como visto anteriormente, a Lei Complementar n. 135/10, editada num contexto de intensificação do discurso de restrição de garantias em função de uma ideia de "moralidade", alterou a Lei de Inelegibilidades para limitar a esfera de direitos políticos, mitigando a plenitude do exercício da cidadania. Para tanto, atribuiu à condenação criminal não transitada em julgado consequências jurídicas que dependem do reconhecimento de culpa.

Na perspectiva ampla da presunção de inocência enquanto direito fundamental, cujos efeitos irradiam para todo e qualquer tipo de atuação e intervenção estatal, o legislador se encontra vinculado ao criar normas de qualquer natureza. Já sob o prisma do dever de proteção aos direitos fundamentais que lhe é imposto, não deve se limitar a não legislar restringindo seu âmbito de aplicação, mas obstaculizar a edição de leis que o façam.

[32] Neste sentido, observa Luis Flavio Gomes que "no âmbito do direito material (penal), afirmam Cobo del Rosal e Vives Anton que, além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), 'a presunção de inocência representa um limite frente ao legislador. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade em fatos presumidos ou em presunção de culpabilidade.' O princípio da presomption d'innocence, pelo exposto, tanto é relevante no âmbito processual (onde possui tríplice relevância), como no âmbito do Direito Penal. Preponderantemente naquele, sim, mas não se pode negar que tenha valia também no âmbito do direito substancial." GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência in Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, *op. cit.*, p. 117.

[33] CASARA, R. R. R., *op. cit.*, p. 910.

Assim é que, em decorrência de sua natureza de direito fundamental e de sua dimensão de norma de tratamento, a presunção de inocência opera como barreira constitucional a qualquer iniciativa legislativa, administrativa ou judicial que pretenda estabelecer restrições abstratas e *a priori*, que digam com a antecipação de um juízo de valor sobre um fato que deva integrar ou mesmo já integre a discussão no âmbito de um processo criminal, antes de sua conclusão.

Se, de um lado, desde sua positivação, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, já se previa a possibilidade de restrição da presunção de inocência com a prisão antes do fim do processo, a redução de seu âmbito de aplicação não é livre e nem é a regra, deve possuir uma autorização e fundamentação que lhe tornem possível, bem como ser excepcional.

A afetação da presunção de inocência e dos direitos fundamentais indiretos que protege, em favor de qualquer tipo de coerção[34], deve estar baseada em um permissivo constitucional e em uma justificação racional, sob pena de se tornar absoluta a restrição e ser suprimido o direito protegido pela Constituição[35].

Segundo a matriz da Teoria dos Princípios, é possível a redução do espaço de incidência dos princípios, entendidos como mandados de otimização, diante de um conflito normativo, para que sejam preservados da melhor forma, mesmo quando esse conflito se dê entre um princípio e uma regra que busque efetivar outro princípio[36]. A restrição, no entanto, se vê limitada pelo critério da proporcionalidade. A propósito do tema, destaca Zanoide:

> A proporcionalidade, como garantia dos direitos fundamentais, tem seu sentido e finalidade voltados para a limitação das restrições. Logo, serve de proteção da norma fundamental para controle de constitucionalidade em dois níveis distintos: o primeiro, destinado ao campo legislativo-abstrato, pelo qual o Judiciário verifica se a elbaboração legislativa apresentou justificação-constitucional; e o segundo nível, relacionado com o campo concreto da aplicação e execução das leis pelo Judiciário e pelo Executivo[37].

[34] A definição de coerção é trazida por Julio Maier, quando afirma que "Los términos coerción o coacción, voces sinónimas para el caso, representan el uso de la fuerza ara limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico, com el objeto de alcanzar un fin determinado." Prossegue o autor "Pero, cuando hablamos de la coerción legítima que ejercie el Estado, nos referimos al uso de su poder, acordado por la ley (ley que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal), que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado." MAIER, J. B., *op. cit.*, p. 511.
[35] MORAES, M. Z., *op. cit.*, p. 310.
[36] *ibid*. p. 288-309.
[37] *ibid*. p. 311.

Conforme se assinalou anteriormente, a Lei Complementar n. 135/10 estabeleceu, de maneira apriorística e abstrata, uma limitação não justificada constitucionalmente e muito menos proporcional, pois estabelece a valoração negativa da existência de uma condenação criminal recorrível, em relação ao indivíduo que pretenda exercer sua cidadania.

Ainda que não o diga expressamente, a lei parte de uma inversão ou subversão da presunção de inocência para considerar que o réu em um processo penal, independente da declaração de sua culpabilidade, cometeu um ato ilícito que o impede de exercer um cargo eletivo. Estabelece, portanto, uma restrição automática, já que a inelegibilidade é aferida, em regra, em procedimento eleitoral de natureza eminentemente administrativa, quando de seu pedido de registro de candidatura.

Independentemente de sua aplicação concreta, a Lei Complementar n. 135/10, que modificou a LC n. 64/90, viola, assim, já no plano abstrato, a norma fundamental da presunção de inocência e, portanto, merece ser declarada inconstitucional.

No que se refere a uma eventual colisão entre o princípio da presunção de inocência e o da moralidade administrativa, simplesmente não há de se falar em conflito. Se não há certeza sobre a culpabilidade do pretenso candidato, inexiste critério para se definir antecipadamente se e em que medida a conservação de seu estado de inocência pode afetar a moralidade no exercício da atividade legislativa ou administrativa. Sendo impossível a emissão de qualquer juízo moral ou ético com base em julgamento criminal não terminado, não há como afirmar que a moralidade se vê afetada pela garantia da presunção.

A conclusão provável acerca da remissão feita pelo discurso que fundamentou a edição da LC 135/10 ao princípio da moralidade é a de sua utilização meramente retórica, que se vê acompanhada de argumentos que, em determinados pontos, se alinham a uma matriz ideológica de natureza autoritária, identificada com a defesa do avanço do poder estatal em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Assim como o fato de a Lei Complementar n. 5, editada na vigência dos "anos de chumbo", fazer referência à Democracia e à Moralidade, não a convalida – porque há um evidente descompasso entre os objetivos que pretensamente busca proteger e os direitos que restringe –, a referência da LC 135/10 à moralidade, ainda que fundada no art. 14, parágrafo nono da Constituição, não a torna válida, pois representa grave violação a um direito fundamental da envergadura da presunção de inocência.

Pouco importa, ainda, que a Lei tenha sido aprovada à unanimidade pelo Congresso Nacional, encontre respaldo nos meios de comunicação de massa e a necessidade de relativização de garantias que representa, em nome do "combate à impunidade", tenha sido naturalizada.

Os direitos fundamentais, definidos por Luigi Ferrajoli, sob um critério formal, como *todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*[38], consubstanciam regras de contramajoritariedade, à medida que, para além de uma dimensão formal da democracia política, constituem vínculos de ordem substancial que limitam a esfera do que *no puede decidirse o debe ser decidio por cualquier mayoría*[39].

Deste modo, nenhuma maioria, nem mesmo a unanimidade, pode dispor sobre a redução ou supressão do direito constitucional da presunção de inocência.

Por fim, se o discurso que defende a relativização da inocência para fins eleitorais tem alguma fundamentação ideológica, parte dos argumentos utilizados para a restrição não são inéditos e se ligam a matrizes perversas.

Pressupor que a condenação, por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, seja suficiente para concluir que alguém tem um passado "sujo", "imoral" ou indigno para o exercício pleno da cidadania, nada mais é do que consagrar a presunção de culpa, que vigorou durante a Inquisição, foi ressuscitada pela Escola Positiva e identificada na rejeição da presunção de inocência pela Escola Técnico-Jurídica Italiana, que construiu o arcabouço teórico, em matéria processual penal, do fascismo[40].

Se si presume l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui?(...) Ora, si vorrà ammettere che l'esperienza storica colletiva insegni che la massima parte degli imputati è innocente?[41]

As perguntas de Vincenzo Manzini, feitas em seu Tratado de Direito Processual Italiano, traduzem bem a visão construída pela Escola Técnico-Jurídica, à qual pertencia,

---

[38] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del mas débil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 37.

[39] Complementa o autor: "Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y subtraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la „esfera de lo indecidible que y lo indecidible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones." *ibid*, p. 23-24.

[40] GOMES, L. F. *Op. cit*. p. 105 e NICOLITT, A. L., *op. cit.*, p. 180.

[41] MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 6 Ed. V. 1 Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese. 1967-1968, p. 226.

que rejeitava a presunção de inocência, entendendo que o processo penal se destinava a realizar a pretensão punitiva, com uma prevalência do interesse público de ver declarada a culpabilidade de alguém, em detrimento do *interesse de declará-lo inocente*[42].

Conforme anota Zanoide, o fascismo ascendente na Itália do início do século XX, precisou institucionalizar-se através do sistema de justiça criminal, para a *falsa legitimação de seu ideário* e para um *controle mais sistemático e cogente das pessoas e dos conflitos*[43]. A partir da inspiração do positivismo jurídico, buscou a reforma do Código de Processo Penal para condicioná-lo a seus interesses e teve, na Escola Técnico-Jurídica, que se inspirou na Escola Positiva, a fonte para a produção de seu sustentáculo processual penal[44].

A Escola Positiva, emergente a partir do debate com a Escola Clássica, que defendia a presunção de inocência, entendia que os indivíduos não são iguais e que, portanto, nem todos, diga-se, os delinquentes habituais, mereciam a proteção da presunção de inocência. Para Ferri, representante dessa escola, após a formalização da acusação, deveria haver presunção de culpa. Assim, observa Zanoide de Moraes:

> Para FERRI, na medida em que se caminhava na persecução penal em direção à certeza judicial da delinquência, com a mesma intensidade se desfazia a lógica jurídica da presunção de inocência. Assim, nesse ponto, em perfeita sintonia com GAROFALO, afirmava ser uma impropriedade lógica aceitar-se a presunção de inocência após a sentença condenatória do juiz.[45].

Inspirada na Escola Positiva, a Escola Técnico-Jurídica entendia que não poderia haver, no âmbito do processo penal, nenhuma presunção de que o acusado é inocente. Para Manzini, a absolvição de alguém poderia advir de uma *falha do Estado em demonstrar qual crime aquela pessoa praticou, mas isso não significava dizer que ela não fosse delinquente*[46]. Definia, assim, a presunção como *una stravaganza derivante da qei vieti concetti, germogliati dai principî della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali*[47].

Para ambas as Escolas, não haveria nem "presunção", nem "inocência". Segundo Vincenzo Manzini, tecnicamente, *le presunzioni, inoltre, sono mezzi di prova indiretta, per cui si perviene a un dato convincimento, assoluto o relativo, in base alla comune*

[42] MORAES, M. Z., *op. cit.,* p. 126.
[43] *Ibid.* P. 119.
[44] *Ibid*. p. 120-123.
[45] *Ibid*. p. 115.
[46] *Ibid.* p. 135
[47] MANZINI, V., *op. cit.,* p. 228.

esperienza[48] e, desta maneira, se findo o processo-crime a maioria dos réus são declarados culpados, haveria verdadeiramente uma presunção de culpa.

Não é absurdo, portanto, estabelecer-se um paralelo entre a rejeição das Escolas Positiva e Técnico-Jurídica Italiana à presunção de inocência e a ideia traduzida pela Lei Complementar n. 135/10, de que a condenação criminal não transitada em julgado, mas já proferida por órgão colegiado, possa afastar a presunção de inocência, para se considerar culpado o indivíduo submetido a um processo criminal.

O estabelecimento da antecipação do juízo sobre a prática, por alguém, de um crime, representa o completo afastamento da dimensão de tratamento da inocência, e se aproxima da ideia de que, ao fim do processo, inexoravelmente o réu condenado por órgão colegiado será declarado culpado.

A "ficha limpa" consagra as supracitadas perguntas retóricas de Manzini: se ao candidato foi imputada uma conduta criminosa pelo Estado, por que razão deve-se considerá-lo inocente, ou melhor, "limpo" e, portanto, "digno" do exercício da cidadania plena?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contextualizou-se, no presente trabalho, o desenvolvimento da ideia que animou o Projeto de Lei de iniciativa popular que deu origem à Lei Complementar n. 135 de 2010, identificando-se os discursos em torno da ideia de "ficha limpa" de candidatos a cargos eletivos, suas repercussões a partir da Constituição de 1988 e comparando-os àqueles que embasaram a Constituição de 1967, modificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e a Lei de Inelegibilidades do Governo Militar.

Se no primeiro momento, a análise se restringiu ao tratamento conferido pela Lei à hipótese de inelegibilidade decorrente da presença de condenações criminais por órgãos colegiados, antes do trânsito em julgado, num segundo estágio observou-se a origem e extensão do princípio da presunção de inocência, concluindo-se que, em decorrência de sua dimensão de norma de tratamento e de seu caráter expansivo de direito fundamental, irradia efeitos para todas as matérias e vincula o Estado em suas atividades jurisdicionais, legislativas e executivas.

[48] *Loc. cit.*

Ultrapassadas as primeiras etapas, verificou-se que, ao estabelecer, de maneira *a priori*, hipótese mitigadora da presunção de inocência, sem justificação constitucional e proporcionalidade, a Lei Complementar 135, no que tange à inelegibilidade referida pela alínea "e", do inciso I, artigo primeiro, é incompatível com a norma constitucional que confere ao réu ou investigado o *status* jurídico de inocente, durante o fluxo do processo criminal, devendo, portanto, ser declarada sua inconstitucionalidade.

Por fim, concluiu-se que é possível identificar, nos argumentos utilizados para a justificação da restrição, proximidade com os discursos que embasaram ideários autoritários, que subvertiam a lógica humanitária da presunção de inocência, em favor da presunção de culpa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm>. Acesso em 20 de março de 2011

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm> Acesso em 20 de março de 2011

_____. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 21 de março de 2011

_____. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 21 de março de 2011

_____. Lei Complementar 5 de 29 de abril de 1970. Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional n°1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp05.htm> Acesso em 20 de março de 2011.

_____. Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9° da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Presidência da República*. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm> Acesso em 20 de março de 2011.

_____. Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o §9° do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Presidência da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm> Acesso em 20 de março de 2011.

_____. Projeto de Lei Complementar n.° 518 de 2009. Altera a Lei Complementar n°64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Câmara dos Deputados*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/700585.pdf > Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 144. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília 6 de agosto de 2008. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 86.297. Rel. Min. Thompson Flores. Brasília, 17 de novembro de 1976. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180343> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 86.579. Rel. Min. Eloy da Rocha. Brasília, 16 de fevereiro de 1977. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180606> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 86.664. Rel. Min. Eloy da Rocha. Brasília, 31 de março de 1977. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180682> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial n°. 4.466. Rel. Min. José Geraldo Alckmin. Brasília, 23 de Setembro de 1976. *Tribunal Superior Eleitoral*. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;respe:1976-09-23;respe-4466> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n°. 4.189. Rel. Min. José Francisco Boselli. Brasília, 14 de Outubro de 1974. *Tribunal Superior Eleitoral*. Disponível em

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;ro:1974-10-14;ro-4189> Acesso em 16 de março de 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula 13. Brasília, 28, 29 e 30 de Outubro de 1996. *Tribunal Superior Eleitoral*. Disponível em <http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/codigo_eleitoral/sum13.html> Acesso em 16 de março de 2011.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Testemunhas 'acreditadas': da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro* in *Temas para uma perspectiva crítica do direito In Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado.* CASARA, Rubens R. R. e LIMA, Joel Corrêa de (Orgs). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del mas débil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a Ditadura Escancarada*, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência in Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 6 Ed. V. 1 Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MMCE. *Campanha Ficha Limpa: uma vitória da sociedade!*, disponível em <http://www.mcce.org.br/node/125>, acesso em 10 de março de 2011.

_____. *Projeto de lei sobre a vida pregressa dos candidatos*. Disponível em <http://mcce.org.br/sites/default/files/projeto_27_05.pdf> Acesso em 10 de março de 2011.

NICOLITT, Andre Luiz, *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 59

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Assembleia das Nações Unidas, 1948. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/b_onu_m_12_1948.htm> Acesso em 21 de março de 2011

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2006

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.
Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636

COLETIVIZAÇÃO DAS AÇÕES COMO INSTRUMENTO DE CONCESSÃO DE EFICÁCIA

Rodrigo Lemes Torres

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo das inovações legislativas atuais e aquelas que estão por vir que coletivizam ações. Dando especial enfoque à importância do instituto e questionando a relevância democrática da decisão e da possível diminuição de aplicabilidade da Ação Civil Pública.

Résumé: Ce travail a pour but l'étude des innovations législatives actuelles, bien comme celles à venir, sur la collectivisation des actions et la mise en valeur de l'importance de cet institut. Il veut aussi mettre sur la sellette l'importance démocratique de la décision et de la possible diminution de l'applicabilité de Action Civile Publique.

Sumário:*1. Legislação processual vigente, profusão legiferante e identificação do problema 2. Coletivização das Ações 3.Coletivização: remédio para quê? 4. Coletivização e Processo Coletivo 4.A) Institutos que coletivizam no direito processual civil e que estão em vigor 4.A.1) Rejeição liminar da ação com base em decisão tomada em casos idênticos (CPC, art. 285-A); 4.A.2) Recurso especial e Recurso Extraordinário Repetitivo (CPC, arts. 543-B e 543-C); 4.A.3) Pedido de Suspensão Coletivo (§5º do art. 15 da LMS [12.0016/2009]); 4.A.4) Assunção de Competência - Art. 555, §1º, do CPC; 4.B Processo Coletivo 5. Ação Civil Pública, tecnologia e legitimação democrática 6. Considerações Finais.*

1. Legislação processual vigente, profusão legiferante e identificação do problema

Sobrevivendo a quase quatro décadas de reformas, o Código de Processo Civil vigente foi impetuosamente modificado pela busca da efetividade na prestação jurisdicional. Poder-se-ia afirmar que, o constante afã de modificação, não proporcionou alcance a meta traçada.

A 45ª reforma à Constituição Federal de 1988 tipificou princípio denominado **razoável duração do processo**, tal princípio é correlato ao sentido material do princípio da **inafastabilidade** e permite afirmar que as frequentes modificações havidas na legislação processual tiveram o escopo de atender a regra da razoável duração do processo.

Nesse contexto das reformas legislativas, destaca-se o instituto da **coletivização das ações** a representar uma forma eficaz de acesso à justiça para o utente e

para o prestador deste serviço público. Na exposição de motivos do projeto do novo código de processo civil o novel instituto é fundamentado sob a égide de estruturar um expediente que visa:

1. evitar a dispersão excessiva da jurisprudência;

2. atenuar o assoberbamento de trabalhos no Judiciário e,

3. promover o andamento mais "célere" dos processos.

A coletivização posiciona-se como um avanço, eis que quando for posto em prática, buscará de um lado A incompatibilidade constitucional do art. 1º, I, "*e*" da LC 64/90 evitar-se a propagação de causas que se multiplicam por milhões e de outro lado evitar-se a jurisprudência lotérica, produtora d A incompatibilidade constitucional do art. 1º, I, "e" da LC 64/90e insatisfação pela falta de isonomia[1] no resultado material e no tempo da prestação jurisdicional.

Este número elevado de processos foi elegantemente denominado de **macrolide**[2] por Sidnei Agostinho Beneti.[3] E esta expressão encampada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso repetitivo que contou com a relatoria do mesmo jurista e que versava sobre a possibilidade de suspensão dos processos individuais no caso de ação coletiva.[4]

O presente artigo busca demonstrar que coletivização das ações possui potencial para gerir uma guinada na perseguição da celeridade.

---

[1] Para entendimento de homogeneidade como forma de inferir igualdade: MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, (coordenador) Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade:** A força dos Precedentes. 1ª Salvador: Juspodivm, 2010. P. 227.

[2] Nos casos judiciais resultantes dessas atividades não se tem, propriamente, a lide individual clássica, mas, sim, fenômeno diverso: a macrolide, a desdobrar-se em ações e processos individuais. A composição das lides é apenas ilusoriamente individual. Contornos principais dos casos individuais transmigram entre os autos dos processos; argumentos expostos individualmente espraim-se a todos os processos e, ao final, fundamentos das pretensões e motivos dos julgados mesclam-se, mormente ante o fenômeno moderno da reprodução em massa de papéis - via copiadoras, impressoras e o envio por internet - e, entre nós, da ânsia das partes de prequestionar desde a inicial - para ter acesso aos Tribunais Superiores - e dos julgadores para o possível atalhe à interposição de embargos de declaração.[2] **RePro**, 171 p. 10/11.

[3] BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e *fast-track* recursal**. RePro 171 Ano 34. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 2009. P. 10.

[4] **SUSPENSÃO DE PROCESSO INDIVIDUAL ante a existência de ação coletiva** **EMENTA** 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a **macro-lide** geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.
2.- Entendimento que não nega vigência aos aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). (REsp 1110549 RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).
(nosso grifo nesta nota de número 3).

2. Coletivização das Ações

Sob o ponto de vista terminológico é importante estatuir conceituando[5] que o presente artigo considera "**coletivização das ações",** o instituto que busca a **suspensão dos feitos que discutam direito material coletivo (macrolides) para concessão de uma mesma solução,** após o devido processo legal coletivizador.

São consideradas macrolides aquelas com "potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes"[6]. **Sendo deferida a suspensão, aplica-se às causas suspensas a solução gerada pelo órgão competente**.

No presente trabalho será perquirido que, além das manifestações ora encontradas no Direito Pátrio, o instituto da "coletivização das ações" deve ser analisado a partir do primado "**incidente de resolução de demandas repetitivas**[7]"[8], aqui denominado c**oletivização de ações.**

A coletivização das ações busca a célere e segura resolução dos conflitos com tratamento isonômico e digno diante dos valores republicanos.

A progressão geométrica de processos sobre o mesmo tema fica sustada[9] e tais matérias serão julgadas por órgão fracionado[10] que, ao decidir atribuirá sua solução aos mesmos processos que porventura tenham sido detidos[11].

A coletivização segundo o que se pretende estudar neste trabalho não se cinge a este modelo havido no projeto lei 166/2010[12], contudo, sustenta-se a correspondência ao

---

[5] Aunque se pueda hacer una distinción entre concepto y definición, considerándose a la primera como una realidad jurídica y a la segunda como su descripción, la verdad es que esa diferenciación no es usual, y aquí no tiene mayor importancia. El problema reside en confundir concepto (o definición) con "nomen iuris", in MARINONI, Luiz Guilherme. **LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS EN EL DERECHO BRASILEÑO**. Disponível em: Acesso em: 08 mar. 2011.

[6] Trecho extraído do caput do artigo 895 do projeto de lei do Senado nº 166 de 2010, que foi alterado pelo Senado e foi renumerado passando a constar com a numeração 930. PL8046/2010.

[7] Pelos autores do anteprojeto.

[8] O incidente de coletivização das ações está previsto no artigo 895 do Projeto de Lei do Senado nº 166 que recebe o nome de Novo Código de Processo Civil ou NCPC que foi renumerado para o artigo, 930 - após modificações realizadas pelo Senado.

[9] Artigo 899 caput do projeto lei do Senado nº 166 de 2010 e artigo 934 nas alterações apresentadas pelo Senador Valter Pereira.

[10] Artigo 30 caput do projeto lei do Senado nº 166 de 2010 e artigo 45 nas alterações apresentadas pelo Senador Valter Pereira.

[11] DA RECLAMAÇÃO
Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
(...)
IV – **garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas**;

modelo apropriado para a premência do Devido Processo Legal brasileiro em crise de eficácia pela demora e qualidade e que foi seguido e vem sendo discutido no projeto do NCPC.

Todavia, já há na atual sistemática do direito processual civil brasileiro estrutura legal que se aproxima da coletivização apontada, em dois níveis:

1º. **Empregando** a solução das macrolides **a outras ações a serem ajuizadas** posteriormente ao julgamento padrão (art. 285-A[13], do atual CPC, 555§1º do atual CPC[14]);

2º. **Sustando** múltiplas ações que versem sobre macrolides e **julgado o paradigma**, **impondo-se a decisão aos processos que ficaram suspensos**. (Recurso especial e Recurso Extraordinário Repetitivo CPC, arts. 543-B e 543-C e Pedido de Suspensão Coletivo (§5º do art. 15 da LMS [lei 12.0016/2009]);

3.Coletivização: remédio para quê?

Nesse tópico será demonstrado que as relações humanas desenvolveram-se de um patamar romântico da estruturação das bancas de advocacia, cartórios judiciais e instituições públicas legais para o plano do século XXI. Um verdadeiro "misto de pensamento de ponta ficcional" que nem Júlio Verne[15] e Stanley Kubric juntos poderiam supor.

E esse avanço tecnológico impressionante induz criação de mais lides em profusão (por pulverização das atividades das grandes corporações) que não conseguirá ser dirimido pela estrutura procedimental atual e que só aprofundará as mazelas da ineficácia judiciária.

Exemplos da evolução tecnológica pungente não faltam e são igualmente abundantes as celeumas trazidas pelas novas relações sociais daí advindas. E por causa dessa redução da distância gerada por ligações digitais universais, percebida por Gilberto

[12] Projeto de Lei do Senado nº 166.
[13] Com previsão no NCPC a ser denominado de Improcedência liminar do Pedido
[14] Dispositivo igualmente presente no projeto do NCPC no artigo 900 (após alteração proposta pelo Senado).
[15] "Estes aparelhos pendurados nas paredes de meu camarote são os que fazem o Nautilus navegar. Tenho-os sempre diante de meus olhos e me indicam exatamente minha posição e direção, em pleno oceano." Trecho de:
VERNE, Júlio. **VINTE MIL LÉGUAS SUBMARINAS.** Disponível em: <http://www.triplov.com/walkyria/vinte_mil_leguas/capitulo_12.htm>. Acesso em: 27 mar. 2011. E lançado em 1869.

Gil em "Parabolicará[16]", é que existem macrolides demandando uma resposta efetiva de novas técnicas processuais.

O Código de Processo Civil de 1973 não logrou êxito, até porque não conhecia a extensão-complexidade da sua meta, em estruturar juridicamente o país que estava a se posicionar como potência industrial e vivia sob os eflúvios de um autoritarismo retrógrado próprio do coronelismo rural[17]. Logo, o resultado do trabalho dirigido por Alfredo Buzaid não foi capaz de evitar o acúmulo de feitos jurisdicionais que se perpetuam até a esta data. Este passivo atravanca o desenvolvimento da atividade judicante *ad eternum*, mesmo que hoje já se goze com estruturas[18] mais modernas, porém há uma divisão de foco: **de um lado a multiplicação salutar do acesso à justiça aliada a macrolides inevitáveis** e tudo isso dividindo espaço com **processos que comemoram bodas de diamante**.

À propósito de melhorias advindas pelo pensamento científico profundo das tecnologias processuais, o professor Cândido Rangel Dinamarco teceu comentário apropriado em si e ao presente artigo acerca dos resultados do Projeto Florença:

> Vieram propostas, vieram propostas, tomou-se consciência de uma séria de problemas localizados em focos mais ou menos definidos, mas continuamos nós a perguntar agora:mudou? A Justiça melhorou? Não mudou e não melhorou, embora há bastante tempo já saibamos, com razoável clareza, que as causas da ineficiência da Justiça pululam em três focos mais ou menos definidos, que são, segundo antiga revelação de Carnelutti, a lei processual, as estruturas judiciárias e, acima de tudo isso, o *homem* [19]que opera o processo.[20]

É inexorável o tsunami de mudanças sociais advindas das percepções antropológicas que repercutirão no sistema jurídico, eis que há produção constante de pesquisa por novas tecnologias que trarão prós e contras. E por definição a jurisdição só se volta para os contras.

Ainda que a evolução tecnológica plena não tenha sido atingida[21], percebe-se na atualidade um contexto opressor nas grandes corporações[22] como se pode destacar em

---

[16] Antes mundo era pequeno/ Porque Terra era grande/ Hoje mundo é muito grande/ Porque Terra é pequena... [GIL, Gilberto. **Parabolicamará.** Disponível em: <http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/46234/>. Acesso em: 27 mar. 2011].
[17] O autor tem dúvidas na conjugação do verbo no passado.
[18] Legais, físicas e humanas.
[19] Grifo constante da obra original.
[20] DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil:** Os rumos incógnitos do processo civil no século XXI. 2ª Edição São Paulo: Malheiros, 2007. p. 15
[21] E ela sempre perceberá que há sempre mais o que buscar.
[22]SARMENTO, Daniel; DIDIER JUNIOR, (coord.) Fredie. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil:** Livro Coletivo: Leituras Complementares de Processo

alguns exemplos: a retirada de um serviço agregado por uma empresa de telefonia, o aumento irrazoável da contribuição do segurado para realizar exame médico ou ainda uma taxa imposta pela FEBRABAN[23] para a manutenção do crédito dos clientes.

Nestes três exemplos[24], o ponto em comum é a possível lesividade imposta a um número grande de pessoas (nestes exemplos consumidores[25]), onde numa sociedade civil democrática geraria um número elevado de processos individuais (na clássica concepção liberal). A controvérsia seria individual[26] e se dividiria em feixes de milhares de ações pleiteando: **a devolução da vantagem retirada; a retirada do aumento da fatura ou devolução taxa bancária** e assim, nesse período de tempo, atrapalharia o andamento dos processos já em fase de tramitação com pedidos múltiplos de concessões de liminares, atuação e fase de citação[27] dos mesmos. O citado professor Beneti[28] estruturou três situações nocivas geradas por estas causas repetitivas caracterizadas pelas macrolides, que ratificam e completam o que foi mencionado no parágrafo anterior quais sejam:

(a) Morosidade;

(b) Perda de qualidade na prestação jurisdicional;

(c) Dispersão Jurisprudencial.

Civil. 8ª. Salvador: Juspodivm, 2010. Onde o autor introduz na página 171 da obra e primeira do seu artigo "De fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna uma imperativo incontornável"

[23] Federação Brasileira de Bancos.

[24] O professor Luiz Fux cita como exemplo milhares de ações questionando **a legalidade da assinatura básica**, os **índices de correção da poupança em confronto com perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS**, o **pagamento de impostos por determinadas categorias**, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais e etc. (in, FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil** - O Novo Processo Civil Brasileiro | Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Editora GEN | Forense, 2011. P. 22).

[25] No exemplo narrado pelo professor Luiz Fux também o contribuinte se integra como sujeito passivo deste exemplo.

[26] Aplica-se novamente com a devida vênia pela repetição a feliz expressão cunhada pelo profº Beneti "apenas ilusoriamente individual."

[27] Dentre as modificações que estão sendo discutidas no Congresso acerca do NCPC, uma que merece destaque é a obrigatoriedade para toda pessoa jurídica de direito privado (exceto micro e pequenas empresas) estruturarem e-mails para o recebimento de citação eletrônica, inclusive as empresas públicas (a lei não fala sobre sociedade de economia mista) – contudo, o projeto de lei nada fala das pessoas jurídicas de direito público, ficando resguardada a mais maliciosa das prerrogativas da fazenda pública, inclusive no que tange aos juizados fazendários que é a intimação pessoal (vide Artigo 7º da lei 10.259/2001 e art. 6º da lei 12.153/2009) | abaixo o trecho do projeto de NCPC:

Art. 215. A citação será feita:

V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

Parágrafo único. Com exceção das micro e pequenas empresas, ficam obrigadas as empresas privadas ou públicas a criar endereço eletrônico destinado exclusivamente ao recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

[28] **RePro** 171 p. 12.

Importante salientar que as situações nocivas presentes nas letras (a, b e c) supramencionadas se retroalimentam e proporcionam a morosidade consubstanciada pela perda de qualidade e a de decisões eivadas de dispersão jurisprudencial poderia evitar tanto a morosidade quanto a perda de qualidade, nesse sentido Leonardo Greco:

> O aprimoramento da qualidade exige a valorização da importância dos atributos individuais dos juízes: capacidade, honestidade e dedicação. Na avaliação do comportamento do juiz há de exigir-se severidade maior que a aplicável a outros membros da sociedade.
> (...)
> A Justiça no Brasil padece de um déficit crônico: os recursos orçamentários são insuficiente e são gastos em superfluidades.[29]

Nesse mesmo contexto produtor de ações múltiplas acerca da mesma tese controvertida e a natural contribuição para o acirramento dos problemas do judiciário pátrio, é importante citar o Presidente[30] da Associação dos Juízes Federais da 5ª Região (REJUFE):

> A grande dificuldade do judiciário é dar cabo à tarefa da resolução dos litígios pela via habitual a partir da sentença de mérito proferida pelo juiz associada a uma visão maior de que o processo deve se prestar à real pacificação (considerada a perspectiva de que as partes realmente compreendam e aceitem o resultado do processo), dando-lhe franca conotação social [31].

Parafraseando o magistrado[32] Francisco Glauber Pessoa Alves, a "via habitual" não está apta a impor um víeis de prumo às dificuldades conhecidas. Por isso, a necessidade de estudo com aprofundamento das soluções disponíveis e em tramitação, para que se comece a percorrer uma estrada inovadora que vise a busca da estabilidade almejada para que se inicie um esforço, ainda não iniciado, para prestação jurisdicional mais justa e eficaz.

Na "via habitual" pode se inserir por certo soluções definitivas trazidas por inovações legislativas, mas que não serão capazes de resolver o problema. A presunção de

[29] GRECO, Leonardo. **A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA:** Estudos de Direito Processual. Campos Dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.
[30] Na gestão associativa entre os anos de 2010 e 2012, segundo informações colhidas no sítio da entidade no endereço http://www.rejufe.org/diretoria.html consultado em 16/4/2011.
[31] PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **A conciliação e a Fazenda Pública no direito brasileiro.** In RePro 185. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 84/85.
[32] O presente texto busca trazer propostas com relação à melhoria do acesso efetivo à justiça, o profº citado escreveu a respeito da "**conciliação e a Fazenda Pública no direito brasileiro**", tema que contribui para diminuir o volume de ações judiciais, devido a profunda e tradicional intromissão, nem sempre digna, do Estado na vida privada. A conciliação pode ser feita dentro de um teto de quinhentos mil reais conferido para o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e das empresas públicas. Francisco Alves igualmente cita a lei dos juizados especiais federais que autoriza a conciliação nos processos da competência daquele juizado-rito sumariíssimo (art. 10º da lei 10.259/2001).

completude do direito material, novamente não pode ser inserida no âmbito processual, num retrocesso inesperado. E é por isso que assumir papéis de todos os lados é tarefa indispensável, nesse diapasão, eis algumas sugestões:

a) Metas realistas de conclusões abertas e resolvidas proativamente pelos magistrados;
b) Metas justas e realistas, porém ousadas, de processamento para os serventuários;
c) Metas para advogados públicos acordarem;
d) Estatísticas de acordos[33] dos advogados privados (levando-se em consideração cada tribunal estanque) a consignar num status que conferisse patamar-prêmio de base mínima para concessão de honorários [34];
e) Premiação para defensores que acordassem ou utilizassem de maneira profícua os métodos alternativos de solução de conflitos e ações coletivas no âmbito de suas competências;
f) Premiação por metas de êxito em ações coletivas para membros do Ministério Público;
g) Divisão pública por participação nos resultados (e análoga à participação dos resultados das empresas privadas) de parte do Fundo Especial dos Tribunais para cada profissional-membro dos entes citados (letras "a" até "f" acima), que contribuíssem para a melhoria no acesso à justiça, mínima ou amplamente, sempre proporcional ao merecimento e ao impacto de cada medida individual.

As metas e sugestões supracitadas não são capazes de escamotear o fato de que as normas processuais ao longo dos anos não foram capazes de **estancar** o **aprofundamento da demora na prestação da justiça** e nem de conceder fruição do direito subjetivo previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição[35]. Como crítica ao furor legiferante como remédio único, cite-se José Carlos Barbosa Moreira:

> **Quarto mito: A onipotência da Norma (ou:"Vale o Escrito")[36]**
>
> Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar na norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. (...)

[33] A recíproca seria verdadeira, impondo redução do merecimento de honorários máximos se o advogado fosse condenado em estruturas como a multa dos embargos de declaração com efeito procrastinador.
[34] Nos termos do atual art. 20 § 3º;
[35] O citado projeto do novo código processual civil igualmente induz clausula geral acerca do tema: "Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa."
[36] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **FUTURO DA JUSTIÇA: ALGUNS MITOS:** Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004. (Oitava Série). P.10/11.

> Estou convencido de que a ânsia de modificar a incessantemente a lei - tão sensível, nos últimos anos, no campo processual - cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar[37] a realidade com critérios técnicos. Terá algo de uma tentativa, consciente ou não, de supercompensar um déficit - mecanismo familiar à psicanálise. É bem conhecido nosso desamor pelas estatísticas judiciais. As que existem e merecem crédito, ou são insuficientes, ou insuficiente é a respectiva divulgação, como o é a facilidade de acesso a elas. Tal carência responde por uma série de inconvenientes, que me permito distribuir em duas classes: os anteriores e os posteriores à edição da norma. (...)
>
> Depois de reformar a lei, impende acompanhar de perto, com lentes adequadas, a repercussão da reforma no dia-a-dia forense. Não há outra maneira de descobrir o que realmente mudou, em que sentido e com que alcance. Nem se concebe, sem esse elementar cuidado, uma avaliação minimamente objetiva, à luz da qual possamos decidir de vale a pena continuar no mesmo rumo ou se é mais aconselhável dar marcha a ré. Retomando o para o paralelo com a medicina: administrado o remédio, começado o tratamento, nem por isso está finda a missão do médico: incumbe-lhe observar como estará reagindo o organismo doente e, conforme o caso, aumentar ou diminuir a dose, quando não substituir a terapia que se haja revelando anódina ou contraproducente.

Como se preciso fosse, aquilatando o que sustentou o professor José Carlos Barbosa Moreira no trecho transcrito, muito embora haja alguma informação à mercê do público[38], não se discute com proficuidade os reflexos dos institutos presentes nos artigos 285-A, 555§1º e 543-B e 543-C[39] para que se possa antever (dado as suas coincidências temáticas) se é possível e necessário alterar a dose de audácia da imposição coletivizadora projetada para o próximo Código de Processo Civil.

4. Coletivização e Processo Coletivo

A coletivização das demandas pode ser consubstanciado como o ato de **tornar coletivo o processo que nasce individual** e apenas torna-se coletivo **por aptidão específica voltada à massificação das relações materiais.** Depois de ser realizada essa **afetação** o resultado atingido se aplica aos individuais.

[37] BARBOSA MOREIRA, na **RePro** 118 p. 88 enaltece o "Civil Procedural Rule" inglês no sentido de que tem sido objeto desde 1999 (quando entrou em vigor) a permanente apuração empírica e análise estatística do efeito produzido pelo novo dispositivo legal no quotidiano forense inglês.
[38] http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp
[39] http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/

Já o processo coletivo é a primeira resposta da legislações aos chamados direitos de terceira geração caracterizados pela sua transindividualidade. No processo Coletivo a discussão não era mais clássica onde direitos eram pertencentes apenas aos indivíduos, mas sim a toda a coletividade (por exemplo, o direito a higidez do meio ambiente e devido emprego dos impostos).

4.A) Institutos que coletivizam no direito processual civil e que estão em vigor

Nesta pesquisa, se pretende demonstrar que a estabilidade nas relações jurídicas pode ser conquistada por uma célere, equânime e eficaz prestação jurisdicional, como sugerem os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Neste trabalho será demonstrado a existência de institutos que tangencialmente, ou frontalmente coletivizam o processo, expondo comentários acerca dos quatro itens acima.

No que tange a viabilidade é importante salientar a existência de institutos que já produzem, ainda que com baixa eficácia, a coletivização das ações, quais sejam:

1. **Rejeição liminar da ação com base em decisão tomada em casos idênticos (CPC, art. 285-A);**
2. **Recurso especial e Recurso Extraordinário Repetitivo (CPC, arts. 543-B e 543-C);**
3. **Pedido de Suspensão Coletivo (§5º do art. 15 da LMS [12.0016/2009]);**
4. **Afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (CPC, 555 §1º);**

4.A.1) **Rejeição liminar da ação com base em decisão tomada em casos idênticos[40] (CPC, art. 285-A);**

Com relação ao 1º item, **a rejeição liminar ou indeferimento com mérito da petição inicial com base em decisões anteriores do próprio juízo**, corresponde à inovação introduzida pela lei 11.277 de 2006 e serve para conferir celeridade no julgamento da causa avaliada como repetitiva segundo impressão do juiz singular, pois

[40] Na *orientação* do professor Leonardo Cunha a denominação do instituto seria: **Julgamento Imediato de Improcedência**.

evita estruturação de contraditório, saneamento e fase instrutória para relação jurídica processual fadada a uma conclusão já atingida na psique do magistrado.

Assim, se registra a posição acerca do item 1. desta lista de institutos "coletivizadores":

> O art. 285-A deve ser compreendido na busca de maior racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional, eficiência, em última análise e, nos casos em que há decisão desfavorável à tese levada nova e repetidamente para solução perante o Estado-Juiz.
> Por esta razão é que o art. 285-A deve ser entendido como uma forma de debelar o que a prática judiciária costuma denominar, com freqüência, de "processos repetitivos", em que o que se discute basicamente é uma mesma tese jurídica aplicada a uma mesma situação fática que em si mesma considerada não desperta maiores dúvidas ou indagações da partes e do próprio magistrado. Uma situação fática que não aceita ou não apresenta peculiaridades dignas de destaque.[41]

A respeito dos requisitos:

> A aplicação do dispositivo requer a presença dos seguintes requisitos: (a(prolação, no juízo, de sentença anterior, na qual matéria objeto do processo a ser julgado tenha sido controvertida, isto é, impugnada (art. 300); (b) julgamento de total improcedência do pedido que servirá de paradigma à decisão liminar; (c) a questão de mérito a ser julgada for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; (d) o julgamento a ser proferido deve consistir em sentença.[42]

O art. 285-A não é obrigatório, porém como salienta Marinoni:

> (...) O juiz de primeiro grau não está obrigado a decidir de acordo com súmula do seu tribunal – estadual ou regional federal – ou do Superior Tribunal de Justiça, não é possível concluir que ele deva decidir, nos termos do art. 285-A, em conformidade com súmula do respectivo tribuna ou do TJ. Nestas hipóteses de **pode** decidir de acordo com a súmula**, mas não está obrigado**[43]
> Na hipótese em que o juiz entender por bem decidir, na linha do art. 285-A, de acordo com a súmula do STJ, a apelação, ao se limitar a confrontar com a súmula, não deverá ser admitida. [44]

4.A.2) **Recurso especial e Recurso Extraordinário Repetitivo (CPC, arts. 543-B e 543-C);**

Com relação ao segundo item temos o sistema de retenção do recurso especial e recurso extraordinário por se tratar de causas repetitivas. Enquanto o instituto previsto pelo artigo 285-A traduz um **sistema de coletivização extraprocessual**, ou seja, o resultado de

[41] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Volume 2: Tomo I: Procedimento Comum: ordinário e sumário. 4ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg 160.
[42] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.**14ª Edição São Paulo: Editora Atlas, 2010. PP 517/518.
[43] Grifo presente na obra dos professores: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.
[44] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil :** Volume 2 - Processo de Conhecimento. 7ª Edição São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008. Pg. 101.

um processo se confere aos demais, o 543-B[45] e 543-C produzem uma coletivização endoprocessual, eis que freiam o andamento de uma série de processos, por considerá-los repetitivos e após o julgamento de um por amostragem[46] conferem aos que foram suspensos a solução encontrada.

A sistemática é a seguinte: no órgão *a quo*, onde se exerce o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos "extraordinários" e se dá a indicação sobre o elevado número de recursos ou processos com o mesmo assunto. Havendo esse elevado número os processos serão selecionados e terão seus julgamentos suspensos até que a Corte *ad quem* julgue um ou mais recursos representativos da controvérsia que represente a macrolide.

Contudo, se tal seleção de recursos não tiver sido efetuada no tribunal de origem, conforme determina o §1º do 543-C, poderá o relator no órgão *ad quem*, determinar, *ex officio*, a suspensão.

Após a suspensão e cumprindo-se formalidades previstas pelos parágrafos do artigo 543-C o tribunal superior decide e orienta a atuação nas cortes inferiores da seguinte maneira:

> (a) os recursos suspensos terão o seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação dos tribunais superiores na dicção do artigo 543-C §7º, I;
>
> (b) os recursos suspensos serão examinados pelo tribunal *a quo* na hipótese da decisão recorrida divergir da orientação solidificada no tribunal ad quem segundo orientação do artigo 543-C §7º, II;
>
> Nesse sentido, deve ser destacado[47]:
>
> > O desfecho, entretanto, não é automático: vai depender do que decida o órgão de origem, pelo qual aquele(s) recurso(s) ainda serão apreciado(s) (§3º, *initio).* Caso o Supremo Tribunal Federal haja negado provimento ao(s) recurso(s) encaminhado(s), isso significa que estão conformes o pronunciamento impugnado e o da Corte Suprema, e o órgão *a quo* pode declarar prejudicado(s) o(s) recurso(s) sobrestado(s); esse(s) recursos(s) feneceração sem necessidade de que o Supremo Tribunal volte a examinar a

[45] Humberto Theodoro Jr sustentou: Uma grande novidade está contida no art. 543-B do CPC: quando o juiz de origem possuir vários recursos sobre causas idênticas, poderá pinçar um ou mais destes recursos... in RePro 177 p. 30.

[46] A expressão por amostragem foi preconizada por DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil Volume 3:** Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 8ª edição Salvador: Juspodivm, 2008. P. 317 e por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil:** Volume Único. 3º Edição São Paulo: Gen | Método, 2010, p. 700.

[47] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil:** Volume V | Arts. 476 a 565. 15ª edição Rio de Janeiro: Gen | Forense | Bilac Pinto Editores, 2010. P.622 **Onde se lê Supremo pode ser lido também STJ, pois a sistemática de retenção ou amostragam se aplica para ambos os tribunais superiores.**

> respectiva questão de mérito. Se a corte houver dado provimento a algum do(s) recurso(s) encaminhado(s), haverá desconformidade entre os dois pronunciamentos; aqui se abre ao órgão *a quo* a alternativa entre retrata-se, para modificar sua decisão e aderir às tese da Corte Suprema, ou manter a própria decisão e admitir o recurso até então sobrestado (§3º, 2ª parte, e §4º, *initio*).

Relevante chamar a atenção que há 550[48] relações de direito material de ordem privada e pública retidas nas cortes de origem segundo portal do Superior Tribunal de Justiça no endereço http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp.[49]

4.A.3) **Pedido de Suspensão Coletivo (§5º do art. 15 da LMS [12.0016/2009]);**

Com relação ao terceiro item temos o sistema de pedido de suspensão coletivo previsto pelo artigo 15§5º da nova lei de Mandado de Segurança, a saber 12.016/2006, de acordo com a regra, uma vez concedida a suspensão de uma liminar, outras, que sejam idênticas, poderão vir a ser suspensas tão só pelo aditamento do pedido original. Nesse sentido:

> Assim, suspensos os efeitos de uma medida liminar concedida em mandado de segurança, é possível valer-se da decisão presidencial respectiva para suspender todas as outras que sejam idênticas, embora originárias de outros processos. Trata-se de verdadeiro **efeito intersubjetivo do pedido de suspensão**[50], que se aproxima - e bastante - dos efeitos das súmulas vinculantes ou quejandos. Claro, nesse sentido, o dispositivo, quando admite que os efeitos do pedido de suspensão original poderão ser estendidos a liminar supervenientes.[51]

O que é chamado de "**efeito intersubjetivo do pedido de suspensão**"[52], nesse projeto se denomina de coletivização propriamente dita ou **endoprocessual**[53], que é a possibilidade de ser conferida a um processo originalmente individual a solução preconizada para um processo que ficou destacado como amostragem. Importante esclarecer que a sistemática prevista pelo projeto de novo CPC e no art. 543- B e 543-C do atual CPC denotam um víeis democrático, pois exigem a presença de representante do MP e possibilitam a promoção de razões por intermédio de *amicus curiae.*

[48] Por isso, no que se refere a incorporação do sistema dos recursos repetitivos, não há que se falar que o Superior Tribunal de Justiça não investe na idéia. Não só investe como tem utilizado o sistema em profusão, tanto é que já dispôs que contra a retenção não cabe agravo de instrumento.
[49] Acessado em 10/03/2011.
[50] Grifo realizado pelo candidato.
[51] BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança.** 2º Edição São Paulo: Saraiva, 2010. P. 137.
[52] Posição do professor Cassio Scarpinella Bueno exposta na obra sobre mandado de segurança.
[53] A mesma sustentada para os recursos extraordinários do item anterior.

4.A.4) **Assunção de Competência - Art. 555§1º, do CPC;**

Com relação ao quarto item temos **a afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno** do tribunal em questão, segundo o art. 555§1º, do CPC, a disposição da redação modificadora do CPC contempla a extensão a todos os órgãos colegiados nacionais uma prática já usual na Suprema Corte[54], qual seja a afetação de recursos extraordinários ao Plenário, ao se tratar de matéria relevante, sobre a qual paire controvérsia. nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha[55]:

> A previsão contida no §1º do art. 555 do CPC remete para órgão de maior composição, dentro do mesmo tribunal, o julgamento de recurso atribuído, originalmente, a turma ou câmara, a fim de uniformizar a jurisprudência. Afetar o julgamento a outro órgão, com fulcro no novo §1º do art. 555 do CPC, difere da ação do procedimento de uniformização de jurisprudência calcado nos art. 476 a 479 do Código. **Este último faz com que o plenário ou órgão especial defina o entendimento do tribunal, devendo o julgamento ser retomado pela turma ou câmara para o desenleio do mérito da questão**[56], enquanto a previsão contida no §1º do art. 555 do CPC permite o julgamento por outro órgão, retirando da turma ou da câmara a atribuição de conferir desfecho ao caso

O instituto denominado **incidente de julgamento de recurso**[57], possui denominação controvertida eis que o nome atribuído pelo profº Cassio Scarpinella Bueno se faz igualmente apropriado, qual seja, "**uniformização de jurisprudência preventiva**" e também possui a denominação de **"assunção de competência**[58]**"** – não importa o nome

[54] Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal artigo 22, parágrafo único alínea "b".
Art. 22 - O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante argüição de inconstitucionalidade ainda não decidida.
Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:
(...)
b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

[55] CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, (organizador) Fredie. **O Regime Processual das Causas Repetitivas:** Leituras Complementares de Processo Civil. 8º Edição São Paulo: Juspodivm, 2010, pp 304/305.

[56] Grifo do candidato onde cabe ainda uma ressalva, ao esclarecedor comentário do professor Leonardo Cunha, no sentido de entender que o deslinde da questão por ele salientada é naquilo do que concerne a demanda sob um aspecto individual, não coletivo.

[57] Na dicção do professor Fredie **Didier** Jr.

[58] Expressão do professor Beneti, na **RePro 171** p. 14 que salienta que o instituto não foi batizado devidamente pela doutrina [Barbosa Moreira prefere dizer "o instituto do artigo 555 parágrafo primeiro]. Notou que o Araken de Assis denominou ainda de uma terceira forma, qual seja, prevenção e composição de divergência, afetação do julgamento [Manual dos Recursos, 2ª. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2008].

atribuído, constitui o **art. 555 §1º método de coletivização indireta das ações**[59], eis que a decisão judicial do processo (objeto do incidente) não se aplicará diretamente aos demais processos, tal coletivização produzirá efeitos extraprocessuais.

INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSO - ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA[60]	**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA**
Só está previsto para julgamento de recurso (agravo ou apelação). Como se disse, há instituto semelhante no âmbito do STF e do STJ, previsto regimentalmente	Pode ser suscitado em qualquer causa que tramite em tribunal (recurso, conflito de competência, causa de competência originária do tribunal e remessa necessária do art. 475 do CPC
Suscitado antes que haja decisões conflitantes.	Pressupõe a existência de decisões conflitantes advindas de órgãos distintos (eis que é pressuposto do incidente a divergência na interpretação do direito [art. 476, II]
O órgão especial, além de analisar a questão, julgará o recurso[61].	O órgão especial apenas analisará a questão; quem completa o julgamento do recurso é o órgão perante o qual o incidente fora suscitado.
Os pressupostos são: *(a) Que o julgamento esteja em curso;* *(b) Que nele influa na solução da quaestio iuris;* *(c) Qual tal questão aos olhos do relator (*e dos demais legitimados) *se afigure relevante.*	Os pressupostos são: *(a) Que o julgamento esteja em curso;* *(b) Que haja prévia decisão divergente exarada por outro órgão;*
Somente pode ser proposto pelo relator[62].	Pode ser proposto pelo relator, outro juiz ou até mesmo pela parte

[59] Assim como no art. 285-A do CPC, que a reiteração de julgados repetitivos influencia outras ações ajuizadas *a posteriori* da formação da convicção solidificada pessoal do magistrado segundo regramentos do artigo em tela.

[60] Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, **Curso de Direito Processual Civil – Volume 3** – 8ª. Edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 570.

[61] Barbosa Moreira, com sua experiência de desembargador aposentado do TJRJ e de professor de Direito Processual Civil, apóia a possibilidade de julgar diretamente o recurso ao dizer que "*Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora*." *In* **Comentários ao CPC** .Volume V – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 675.

Previsão do art. 555 parágrafo primeiro do CPC introduzido pela lei 10352/2001	Redação original do CPC de 1973 regulado pelos artigos 476 – 479;

O modelo avaliado estruturou uma seguinte ordem, qual seja, o tribunal, por intermédio de órgão previamente selecionado pelo seu Regimento Interno[63] já julga o recurso caracterizado como macrolide e impõe sugestão para solução dos demais feitos. **Conforme se sustentado o tema em questão corresponde a uma modalidade EXTRAPROCESSUAL indireta[64].**

Aqui há o que se denominou de "fast-track" recursal, na visão do professor Sidnei Agostinho Beneti[65], ao sustentar que o instituto ora em comento permite viabilizar "o filtro de teses e abreviando o julgamento dos recursos com teses idênticas".

Este "fast-track", que numa tradução livre corresponde a "atalho" importa na celeridade (e igualdade) daquilo que vem sendo sustentando neste projeto de tese, ou seja, sendo admitida tal "**afetação prevista pelo §1º do art. 555 do CPC**" ou ainda a "**Assunção de Competência**" na visão inusitada do professor Beneti, o julgamento conferido pelo órgão afetado competente será aplicado aos demais casos com matéria similar. Nesse sentido, o professor Scarpinella Bueno[66]:

> A "relevante questão de direito" a que se refere o §1º do art. 555 deve ser entendida como as teses jurídicas que têm aptidão de gerar "recursos múltiplos" ou "repetitivos" e que, justamente em face disto, justifica que o Tribunal se manifeste, desde logo, sobre o assunto para evitar a dispersão de julgados e colidência de entendimentos (...).[67]

Somado aos quatro institutos que estruturam o que se defende como instrumentos que proporcionam a coletivização, está o projeto do NCPC que preconiza um instituto denominado incidente de coletivização que produz literalmente o que se almeja no presente projeto.[68] Outra estrutura legislativa (em fase de processo legislativo) que embasam teoricamente a viabilidade cognitiva da tese que se projeta nestas linhas.

---

[62] Contudo, o professor Fredie Didier, autor do curso que inspirou este quadro diz que se faz possível interpretar ampliativamente citando Barbosa Moreira e Bernardo Pimentel Souza.
[63] No estado do Rio de Janeiro, Órgão Especial, de acordo com o art. 3º, I alínea h do Regimento Interno;
[64] Esse instituto é inspirado em dispositivo do RISTF arts. 11 parágrafo único e 22 parágrafo único alínea "b" e também no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (arts. 14, II e 16, IV).
[65] BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e *fast-track* recursal**. RePro 171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 2009.
[66] A denominação conferida pelo professor Scarpinella Bueno é Uniformização de Jurisprudência preventiva
[67] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Volume 5: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2º Edição São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, pp 413/414
[68] DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Como resultado, o que se espera atingir é segurança e popularização dos institutos que proporcionam a coletivização. O incidente de coletivização da demanda não deve ser coadjuvante do sistema processual, devendo ser utilizado com muito maior profusão do que a vetusta estrutura da "Uniformização da Jurisprudência" previsto no CPC 73 e pouco utilizado em nível nacional.

4.B Processo Coletivo

Art. 895. **É admissível o incidente de demandas repetitivas** sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.
§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:
I - pelo juiz ou relator, por ofício;
II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.
Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.
Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.
Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.
Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.
§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.
§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.
Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.
Parágrafo único. Durante a suspensão **poderão** ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.
Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.
Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.
Observação: A revisão do "projeto FUX" pelo Senado (**Alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira)** reproduziu no art. 930 até o art. 934 tal **"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS"** é relevante atestar que o último artigo do projeto revisor foi extirpado no Senado, pois versava de uma concepção megalomaníaca de suspender "todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente."

Hoje existe estruturado um processo coletivo, muito embora haja uma utilização e conhecimento incipiente da sociedade com relação às ações coletivas que estão sendo movidas e sob quais aspectos e qual direito subjetivo cabe individualmente aos substituídos.

O professor Humberto Dalla[69] delimitou o problema acerca da subutilização do processo coletivo, mormente no que tange a sua eficácia, se comparada a institutos análogos internacionais, *verbis*:

> O problema é potencializado, na medida em que os Tribunais demonstraram, por muito tempo, extrema dificuldade em trabalhar com os novos conceitos. Ademais, não há ainda uma estrutura que permita a aplicação de regras próprias à jurisdição coletiva.[70]

Há uma utilização incipiente da via do processo coletivo porque raros são os cursos de graduação em Direito que possuam uma disciplina autônoma e obrigatória relacionada ao processo coletivo e rara também são as informações nos meios de comunicação (em sede de prestação de serviço) que divulguem qual ação coletiva está a ser movida num exato momento.

É claro que não se nega a existência de uma estrutura recente[71] de processo coletivo no Brasil, mas que precisa ainda de divulgação e utilização, nesse sentido[72]:

> No Brasil, as ações coletivas (re)surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós (*v.g.*, a ação popular prevista na Lei nº 4.717/1965). Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis.
> Nesse quadro o papel da doutrina foi fundamental, sem o ativismo de gigantes do direito processual brasileiro como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Júnior o desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil teria o mesmo resultado que as tentativas européias, um sonoro desinteresse do legislador. Trabalhos doutrinários posteriores também se mostraram indispensáveis ao

[69] Na mesma obra, o professor Dalla salienta caso concreto em que se ajuizou ACP para questionar aumento de mensalidades escolares, o feito parou no Supremo para o fim de discutir a legitimidade do MP e após o decurso de cinco anos todos os pais de alunos que estavam em dificuldades financeiras para pagar a mensalidade de seus filhos, tiveram que encontrar outra solução. Pois, quando o "STF finalmente se manifestou, aqueles alunos já haviam concluído o curso secundário".

[70] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** 3ª Edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 408

[71] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A SISTEMÁTICA DOS NOVOS DIREITOS.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

[72] DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes**. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo** 3ª. Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

> desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no país, como é o caso das obras de Antonio Gidi, principalmente o estudo sobre a litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas, amplamente citado sobre a litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas, amplamente citado neste Curso (um clássico da doutrina brasileira), Nelson Nery Jr. [73](Comentários ao CPC e ao CDC) e Aluisio Mendes (Ações coletivas no direito comparado).
> No que concerne à ação de direito material coletiva, especialmente referente à ação popular – embora seja uma ação a qual não corresponde direito subjetivo, - uma incursão histórica evidencia sua existência em tempos bastante remotos. Com Pontes de Miranda, "interditos e ações populares, pretorianas" são encontrados nos "jurisconsultos clássicos". As demandas populares são assim atribuídas a qualquer cidadão. (...)
> Depreende-se daí **a existência de uma ação de direito material coletiva**,[74] mesmo em tempos longínquos, não obstante não se falar de um direito subjetivo, mas de um interesse difuso ou coletivo que justifica a atuação do povo. A disposição legal é posta em permeio como forma de garantir a convivência regrada da comunidade. Para tanto, a jurisdição deve ser exercida com presteza, fazendo valer a sobrevivência da ação de direito material coletiva veiculada por intermédio da "ação" processual.[75]

O professor Marinoni, ao comentar sobre o processo coletivo diz ser o indevido translado tecnológico de demandas individuais para as coletivas ser o "grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro"[76]. Diz ele ainda haver "despreparo para o trato com esses novos mecanismos vem, nitidamente minando o sistema e transformando em ente teratológico que flutua no limbo". Continua o autor:

> "As demonstrações dessa crise são evidentes, e são mostradas diariamente por meio dos veículos de comunicação, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do institui, é necessário não se afastar do norte fundamental: o direito transindivual não pode ser confundido como direito individual, e mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratmento diferenciado.[77]"

De fato, os problemas identificados dificultaram o exercício pleno do processo coletivo, que por peculiaridades políticas e estruturais dos órgãos envolvidos não conseguiam e não conseguem dar atendimento as suas funções constitucionais e ainda às

[73] DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes**. Curso de Direito Processual Civil Volume 4 – Processo Coletivo** 3ª. Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
[74] Grifo do articulista.
[75] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; COSTA, (coord.) Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, (coord.) Luiz Eduardo Ribeiro. **O Conteúdo Eficacial da Sentença da Ação Popular: Sobrevive uma Ação de Direito Material Coletiva?:** Livro Coletivo: "A teoria quinária da ação" Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010.
[76] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Volume 5 Procedimentos Especiais**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 294/295.
[77] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Volume 5 Procedimetnos Especiais**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 294/295.

demandas coletivas que crescem proporcionalmente à maturidade dos legitimados pela democrática visão legal.

5. Ação Civil Pública, Tecnologia e Legitimação Democrática

Com relação à **tecnologia** do processo coletivo, o homem médio a desconhece. O Brasil possui o sistema coletivo há pouco tempo e mesmo assim existe profunda discussão do tema, contudo, todas inconclusivas acerca da real carência na utilização do processo coletivo.

O que se pretende é estimular por intermédio da execução do presente artigo redirecionamento do foco, considerando os fatos sociais, as normas jurídicas e os princípios do direito[78], no exato ponto de encontro no qual **envolvam acúmulos de processos a respeito de uma mesma relação controvertida de direito material** e institutos do direito processual civil criando normas visando não só supressão da controvérsia coletivamente (por intermédio do ajuizamento de uma ação coletiva), mas como também utilizar coerentemente as inovações que permitem identificar as demandas propostas isoladamente para que sejam processadas e resolvidas com víeis coletivo. A relevância é a possibilidade da estabilidade nas relações jurídicas sendo conquistada por uma célere, equânime e eficaz prestação jurisdicional.

> É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento da presente tese, que o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. Jaz inocultável que esse poder deixar de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpar o Judiciário, apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais.[79]

[78] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil :** Volume 1 - Teoria Geral do Processo. 1ª Edição São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2006.p. 47, que assim ensina a respeito de "Normas Jurídicas: princípios e regras – A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin (*Taking righs seriously*, p. 70 e SS., Law's empire, p. 220-226) e Alexy (*Teoria de los derechos fundamtentales*), tem feito a distinção entre princípios e regras. Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão das regras diante da situação concreta".

[79] MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, (coordenador) Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade:** A força dos Precedentes. 1ª Salvador: Juspodivm, 2010. P. 227

A atuação democrática, então, deve continuar a ser o norte da atuação dos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, que reconhecem a partir do seu crivo soberano se há ou não necessidade de ajuizamento de um processo coletivo clássico.

Faz parte deste crivo discricionário dos legitimados à Ação Civil Pública deixar que as macrolides sejam alçadas à competência de órgão especial por conta dos novos institutos coletivizadores, inclusive com relação ao novo incidente de resolução de demandas repetitivas havido no projeto do CPC. O próximo parágrafo transcrito orienta acerca do Poder e seu exercício democrático, que vem sendo e que se sustente coadunável existir entre o processo coletivo e a coletivização dos processos.

> O conceito moderno de *democracia*, como teoria e prática política que reconhece o poder como um atributo difuso no povo e do povo, avançou timidamente, mesmo durante o fastígio do positivismo, antes até de que se houvesse formado a plena consciência contemporânea da *dignidade da pessoa humana* e de sua importância no Estado enquanto cidadã.
>
> Com efeito, o próprio conceito de *vontade geral* rousseauniana só cobrava sentido na instituição assembleísta, desde logo, por afirmar a *norma* como um produto da vontade da *maioria da nação*, para só depois, em uma etapa mais adiantada, vir a aceitar-se a tese da proteção dos direitos das *minorias.*
>
> Em conseqüência, as *Constituições*, como norma das normas, não obstante as declarações humanistas que se jactavam de conter, foram, durante muito tempo, uma expressão das maiores, *tout court*[80], e, em todas elas, a *pessoa*, era ainda entendida com um elemento do coletivo, diluída nas massas, e não em seu valor enquanto indivíduo.[81]

Deve-se consignar que a legitimação para ajuizamento da ação civil públicaestá prevista em lei[82] repousando assim de legitimação democrática. Esse trabalho sustenta que a via coletivizável não importará na redução da democrática atuação dos entes institucionais no ajuizamento das ações coletivas pela via coletiva.

---

[80] Grifos constantes da obra do autor.

[81] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. P. 18.

[82] Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

O Ministério Público e a Defensoria continuarão a tutelar os direitos coletivos em sentido *lato*, entretanto, a macrolide não será mais uma via de represamento da atuação judicial pelo assoberbamento pontual e sistêmico do Judiciário.

Importante relevar o seguinte: um eventual acidente nuclear em Angra dos Reis ou vazamento de petróleo na exploração da camada pré-sal ensejariam uma atuação democrática e contundente das instituições presente no artigo quinto da l. 7347/1985, pois tais demandas não conterão "argumentos expostos individualmente para espraiamento em todos os demais processos"[83].

Em outras palavras o objeto da ação coletiva será distinto do cerne do presente trabalho. E tal diferença será aferida por intermédio de um víeis político e, portanto subjetivo. Eis que a influência fato relevante relacionado à política macroeconômica a gerar um problema consumerista[84] ou até mesmo um desastre ecológico continuarão a serem assuntos tutelados pelos legitimados democráticos da Ação Civil Pública ou da estrutura consumerista-coletiva preconizada pela lei 8.078/1990.

Agora a coletivização das ações, objeto deste trabalho atuará em situações pontuais em que a atitude de pequenas municípios ou ainda de grandes corporações passam desapercebidas pelos legitimados da Ação Civil Pública e que não obstante haja tal inépcia assoberba o judiciário.

6. Considerações Finais

Na Obra "O Projeto do CPC" de autoria de Marinoni e Mitidiero[85] há a delimitação de uma **vantagem ao instituto dos incidentes de resolução de demandas repetitivas**, denominado neste trabalho como um dos **instrumentos de coletivização das ações**, sendo este o mais poderoso entre os já previstos quando da vigência do projeto de CPC em trâmite no legislativo. Eis o teor da dicção dos autores:

[83] Parafraseando pela segunda vez neste artigo a expressões já citadas por Beneti, em citação já presente neste trabalho e devidamente indexada (RePro, 171 p. 10/11).
[84] Como no caso da flexibilização do câmbio em meados da década de noventa que gerou ações em grande quantidade eis que os contratos de leasing do carro da classe média eram indexados por moeda estrangeira, notadamente o dólar que teve seu valor triplicado.
[85] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC.** 1ª Edição São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. p. 177/178.

> É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada.

Os autores da obra sobre o projeto do NCPC e que contribuíram corajosamente para a cultura jurídica brasileira criticaram o instituto ao dizer ser improvável que o "incidente coletivizador" possa diminuir a carga de trabalho da jurisdição[86].

Deduziram que a saída é a valorização do processo coletivo propriamente dito, na linha das *class actions* estadunidenses. **Tendo a discordar destes professores.** Acredito que a solução paulatina brasileira a perseguir a coletivização pode representar um avanço próprio. Não adianta valorizar o sistema estrangeiro, ademais já havendo paralelos nacionais de ação coletiva que podem ser melhorados, o professor José Carlos Barbosa Moreira, considera mito a supervalorização de modelos estrangeiros e por isso considero a saída da coletivização e da reforma do sistema do processo coletivo podem andar em paralelo e alcançar a almejada eficácia.[87]

A tutela coletiva demanda legitimidade. E o padrão de autorização em sede de tal legitimidade é proporcional à influência democrática das instituições em relação aos direitos tutelados.

A alegada valorização da *class action* estadunidense, não surtiria por aqui efeitos práticos, pois a aferição da legitimação democrática é produzida pontualmente pela próximidade dos atores políticos na América do Norte. Há nesse contexto de aproximação ao sistema da *class action* o artifício da representatividade adequada[88]. E alhures existe lógica neste controle pontual da *adequacy*, pois se identifica nos E.U.A. do Norte uma representatividade aproximada a uma concepção proativa de democracia, eis que há estruturado um sistema político de aferição de votos distritais, inclusive com acesso via voto, aos principais cargos que possam ser considerados de agentes políticos.

No Brasil, a teoria ampliativa de legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas é a defendida pelo presente trabalho, que não disputará campo com os

[86] "A simplificação do procedimento para julgamento das demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelo interessado."

[87] Sustenta o mestre criticando a valorização dos sistemas legais importados "A galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha". Na obra citada "**O Futuro da Justiça: Alguns Mitos**" Oitava Série p. 7.

[88] Dentre as características da *class action* instituto, as mais relevantes são1ª. Ampla legitimidade ativa, que é submetida a uma rígida avaliação da adequação representativa (adequacy of representantion);

misteres da coletivização que estará limitado a situações em que a macrolide não consiga atingir a atenção do MP por frugalidade material ou por opção política do órgão.

Bibliografia básica.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; COSTA, (coord.) Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, coord.) Luiz Eduardo Ribeiro. **O Conteúdo Eficacial da Sentença da Ação Popular: Sobrevive uma Ação de Direito Material Coletiva?:** Livro Coletivo: "A teoria quinária da ação" Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010.

ASSIS, Araken de. **Manual de Recursos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e *fast-track* recursal**. RePro 171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Volume 2: Tomo I: Procedimento Comum: ordinário e sumário. 4ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Volume 5: Recursos. 2ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **A Nova Lei do Mandado de Segurança.** 2º Edição São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil .**Volume II. 15ª. Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, (organizador) Fredie. **O Regime Processual das Causas Repetitivas:** Leituras Complementares de Processo Civil. 8º Edição São Paulo: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes**. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo** 3ª. Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil:** Os rumos incógnitos do processo civil no século XXI. 2ª Edição São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.**14ª Edição São Paulo: Editora Atlas, 2010.
DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010

FUX, Luiz, **Mandado de Segurança.** Rio de Janeiro: Editora Gen | Editora Forense, 2010.

_____, **Curso de Direito Processual Civil:** Volume I. 4ª. Edição**.** Rio de Janeiro: Editora Gen | Editora Forense, 2010.

_____, **O Novo Processo Civil Brasileiro | Direito em Expectativa.** Rio de Janeiro: Editora GEN | Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil – :** Volume 2 - Processo de Conhecimento. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Gulherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC.** 1ª Edição São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, (coordenador) Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade:** A força dos Precedentes. 1ª Salvador: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil -:** Volume 1 - Teoria Geral do Processo. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2006.

_____, **O projeto do CPC**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

_____, **LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS EN EL DERECHO BRASILEÑO**. Disponível em: . Acesso em: 08 mar. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **FUTURO DA JUSTIÇA: ALGUNS MITOS:** Temas de Direito Processual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. (Oitava Série).

_____, REVISTA DO PROCESSO 118: A Revolução Processual Inglesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 30 nov. 2004. Mensal.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil:** Volume V | Arts. 476 a 565. 15ª edição Rio de Janeiro: Editora Gen | Forense | Bilac Pinto Editores, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil:** Volume Único. 3º Edição São Paulo: Gen | Método, 2010.

NERY JÚNOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.8.ª Edição.

PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **A conciliação e a Fazenda Pública no direito brasileiro.** In RePro 185. São Paulo: Editora RT, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** 3ª Edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A SISTEMÁTICA DOS NOVOS DIREITOS.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

_____, CLASS ACTION IN BRAZILIAN LAW Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.**

SARMENTO, Daniel; DIDIER JUNIOR, (coord.) Fredie. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil:** Livro Coletivo: Leituras Complementares de Processo Civil. 8ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2010.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume I .** 44ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 177, n. , p.9-46, 1 nov. 2009. Mensal.

VERNE, Júlio. **VINTE MIL LÉGUAS SUBMARINAS.** Disponível em: <http://www.triplov.com/walkyria/vinte_mil_leguas/capitulo_12.htm>. Acesso em: 27 mar. 2011. E lançado em 1869.