



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

Ano 5. Volume VIII

Julho a Dezembro de 2011

Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

### **SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

*Ana Carolina Squadri Santanna* ..... 6

### **LEGISLAÇÕES ESTADUAIS SOBRE AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS: UM ESTUDO PANORÂMICO**

*Andre Vasconcelos Roque* ..... 38

### **INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCEDIMENTO CRIMINAL**

*Aylton Cardoso Vasconcellos*..... 81

### **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ESPECIFICAÇÃO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS E ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS REGRAS PREVISTAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHRENSGESETZ DO DIREITO ALEMÃO**

*Baltazar José Vasconcelos Rodrigues*..... 93

### **AMICUS CURIAE: DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Berky Pimentel da Silva*..... 110

### **O TRATAMENTO DISPENSADO AO JULGAMENTO *PRIMA FACIE* NO NOVO CPC E A CORREÇÃO DE SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES**

*Bruno Albino Ravara e Juliana Provedel Cardoso*..... 132

### **FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS: SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO JUSTO E SEU “DESPREZO” NUMA SOCIEDADE QUE TEM PRESSA**

*Carla da Silva Mariquito*..... 147

### **LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES POR MEDIACIÓN: LA REALIDAD EN ESPAÑA Y PORTUGAL**

*Cátia Marques Cebola* ..... 181

### **TUTELA DE URGÊNCIA E SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO: BREVE ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP 765.105/TO**

*Cristiano de Oliveira*..... 201

### **O PROJETO DE LEI DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA**

*Demetrius Nichele Macei* ..... 218

### **PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA NOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS – LEGITIMIDADE/ILEGITIMIDADE DE EXCEÇÕES**

*Diogo Ferraz Lemos Tavares*..... 233

### **HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO BIÊNIO 2009/2010**

*Eduardo Santos Rente* ..... 260

**COISA JULGADA: A FRAGILIDADE ESCONDIDA POR DETRÁS DO DOGMA**

*Fabiana Marcello Gonçalves* ..... 291

**O TEMPO DO PROCESSO E O TEMPO DA MEDIAÇÃO**

*Fabiana Marion Spengler* ..... 307

**ANÁLISE DA MINUTA PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI PARA ALTERAÇÃO DA DISCIPLINA DAS AÇÕES COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

*Felippe Borring Rocha* ..... 326

**A FUNÇÃO TUTELAR DA JURISDIÇÃO**

*Filipe Guimarães*..... 352

**PRINCIPAIS INOVAÇÕES QUANTO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROJETO DE NOVO CPC**

*Flávia Pereira Hill* ..... 367

**A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA: NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ACUSATÓRIO OU INICIATIVA DO JUIZ?**

*Franklyn Roger Alves Silva* ..... 391

**A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E A INVIOABILIDADE DA PRIVACIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO**

*Guilherme Luis Quaresma Batista Santos* ..... 405

**A EXPERIÊNCIA ÍTALO-BRASILEIRA NO USO DA MEDIAÇÃO EM RESPOSTA À CRISE DO MONOPÓLIO ESTATAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

*Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten* ..... 443

**SISTEMA RECURSAL, PEC DOS RECURSOS E MOROSIDADE DA JUSTIÇA**

*João Batista Lopes* ..... 472

**O MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO (UMA ANÁLISE FEITA À LUZ DAS TENDÊNCIAS CODIFICADORAS)**

*Júlio Camargo de Azevedo* ..... 478

**ASTREINTES: SUA DESTINAÇÃO FINAL E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

*Karina Resende Miranda de Souza* ..... 500

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA DAS PROPOSTAS CENTRAIS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Karol Araújo Durço e Éric da Rocha Chehuen* ..... 539

**O SANEAMENTO DO PROCESSO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Leonardo Greco*..... 568

|                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL TERATOLÓGICO: PRESSUPOSTO PARA O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA?</b>                                                                    |     |
| <i>Leonardo Oliveira Soares</i> .....                                                                                                                                      | 602 |
| <b>COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA</b>                                                                                                                    |     |
| <i>Lívio Goellner Goron</i> .....                                                                                                                                          | 615 |
| <b>ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ARTIGO 515, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DA REFORMATIO IN PEJUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>       |     |
| <i>Luís Henrique Bortolai</i> .....                                                                                                                                        | 644 |
| <b>DO AMPLO ACESSO À JURIDIÇÃO E DA (IN) APLICABILIDADE DA RETENÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO</b>                                                             |     |
| <i>Magno Federici Gomes</i> .....                                                                                                                                          | 679 |
| <b>A JURISDIÇÃO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CONFORME APROVADO NO SENADO)</b>                                          |     |
| <i>Marcelo Gustavo Silva Siqueira</i> .....                                                                                                                                | 709 |
| <b>A MOROSIDADE E O GERENCIAMENTO DE PROCESSOS CÍVEIS: DA CRISE À INSTITUIÇÃO DA RAZOABILIDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA</b>                                                   |     |
| <i>Márcio de Sessa</i> .....                                                                                                                                               | 741 |
| <b>O “FILTRO” DE ADMISSIBILIDADE PARA O RECURSO DE CASSAÇÃO NA REFORMA PROCESSUAL CIVIL ITALIANA DE 2009</b>                                                               |     |
| <i>Margareth Vetis Zaganelli e Sara Barbosa de Oliveira</i> .....                                                                                                          | 786 |
| <b>O PRAZO PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA: ANÁLISE DO ART. 475-J DO CPC/73 E DO PL 8046/10</b> |     |
| <i>Matheus Vidal Gomes Monteiro</i> .....                                                                                                                                  | 801 |
| <b>O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL VISANDO À OBTENÇÃO DA VERDADE</b>                                                                       |     |
| <i>Paula Oliveira Bezerra de Menezes</i> .....                                                                                                                             | 823 |
| <b>O ABUSO DO PROCESSO POR INTERMÉDIO DA DEFESA HETEROTÓPICA</b>                                                                                                           |     |
| <i>Rafael de Oliveira Rodrigues</i> .....                                                                                                                                  | 850 |
| <b>A TUTELA INIBITÓRIA DO MEIO AMBIENTE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b>                                                                                                 |     |
| <i>Renata Prata Ferreira da Silva</i> .....                                                                                                                                | 868 |
| <b>AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA</b>                                                                                            |     |
| <i>Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues</i> .....                                                                                                                           | 905 |
| <b>A GARANTIA DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA</b>                                                                                                                |     |
| <i>Sheila Mayra Lustoza de Souza Lovatti</i> .....                                                                                                                         | 940 |

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CONDIÇÕES E  
POSSIBILIDADES DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A  
ÓTICA DO PROJETO DE LEI 166/2010 - NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

*Theobaldo Spengler Neto e Andiana Roberta Silva de Oliveira ..... 958*

## **SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

*Ana Carolina Squadri Santanna*

Procuradora Federal. Pós-Graduada *Lato Sensu* em  
Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

**Resumo:** Este artigo estuda a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional, no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva e objetiva. O texto é desenvolvido à luz de opiniões doutrinárias e de precedentes do Judiciário, além dos diplomas legais. A percepção que se tem é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm aceitando a submissão do Estado à arbitragem, com base na permissão genérica da Lei nº 9.307/96, diante da evolução do Direito Administrativo.

**Abstract:** This article studies the possibility of the State participation in the International Commercial Arbitration regarding the subjective and the objective arbitrability. The text is developed in light of the doctrinal opinions of the Court's jurisprudence, and the statutes. It has been noticed that both the doctrines and the judiciary have been accepting the State's submission to arbitration, based on the generic permission granted by the Law nº 9 307/96, in the face of the evolution of the Administrative Law.

**Palavras-chave:** Arbitragem Comercial Internacional. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Arbitrabilidade Objetiva. Princípio da legalidade.

**Keywords:** International Commercial Arbitration; State Administration; Subjective Arbitrability; Objective Arbitrability; Legality Principle.

### **1. Introdução**

O presente trabalho estuda a questão da possibilidade de participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional, mesmo que não haja autorização específica do legislador.

Notoriamente, o Estado brasileiro cada vez mais se insere no plano internacional, de diversas formas, seja atuando como país hospedeiro de empresas transnacionais, seja como sujeito de obrigação contratual.

Segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, “o fenômeno da globalização, com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços da informática e telecomunicações, impõe grandes desafios aos Estados na Novíssima Ordem Internacional”<sup>1</sup>. Dessa forma, para não ficar excluído do cenário global, devem os países em desenvolvimento, no caso o Brasil, se adaptarem à nova ordem internacional.

Essa nova ordem internacional é composta por princípios que abrangem a segurança jurídica, a cooperação internacional e a boa-fé objetiva.<sup>2</sup> Isso significa que o Estado brasileiro deve reavaliar alguns dogmas referentes à arbitragem se tiver como meta o êxito das negociações internacionais.

Um dos aspectos a ser revisado é a exigência da eleição de foro para a solução dos conflitos surgidos durante a execução do contrato firmado com empresa estrangeira. O entendimento da aplicação dessa norma para todos os tipos de conflito, de qualquer natureza, impede a celeridade do fim dos litígios. Ressalta-se que a efetividade do processo é um princípio constitucional processual, que nas relações de negócio visam “à proteção da confiança das pessoas pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.<sup>3</sup>

Portanto, para garantir a segurança jurídica das relações, é aconselhável que o contrato administrativo preveja cláusula compromissória, caso sejam atendidas as condições de arbitrabilidade subjetiva e de arbitrabilidade objetiva, como será visto adiante.

De acordo com o panorama atual, muitas vezes a empresa internacional tem um poder de barganha equivalente ou maior que a do Estado, haja vista possuírem maiores vantagens financeiras, tecnológicas, entre outras coisas, o que dificulta a contratação de produto ou serviço pelo ente estatal, caso o contrato administrativo preveja somente a cláusula de eleição de foro.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30 e 31

<sup>2</sup> RIBEIRO. *Op. Cit.* p. 31

<sup>3</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, IBDP, vol. 2, 2005, [www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp), acesso em 13/02.2008, Apud: RIBEIRO. *op. cit.*, p. 50 e 51

<sup>4</sup> BARBOSA, Joaquim Simões & SOUZA, Carlos Affonso Pereira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267 e 268.

Dessa forma, estipulando-se somente a cláusula de eleição de foro num contrato internacional, certamente se estará sendo criados obstáculos para a participação do país no comércio internacional, e os que foram firmados sem a previsão da arbitragem podem causar uma imagem ruim do Estado no mercado, vez que os conflitos não são rapidamente solucionados.

A defesa pela arbitragem se justifica pelas vantagens que possui em relação ao processo judicial, além da celeridade, tais como a “especialidade, forma de nomeação dos árbitros; confidencialidade do procedimento arbitral, flexibilidade na escolha da lei aplicável ao mérito do litígio e ao processo arbitral”<sup>5</sup>. Ademais, a arbitragem é voltada para casos que envolvem valores exorbitantes e de certa forma complexos, isto é, trata-se de um instituto apropriado para certas transações internacionais de que o Estado participa, onde são gastos recursos de grande monta, e cujo objeto refere-se à matéria que exige conhecimento especialíssimo, como por exemplo, pesquisa e lavra de petróleo e gás.<sup>6</sup>

Ocorre que o uso da arbitragem pelo Estado é questionado pela doutrina e principalmente pelo Tribunal de Contas da União, sendo polêmica a discussão a respeito do uso da arbitragem pelo ente estatal.<sup>7</sup> Portanto, será estudada a participação do Estado na arbitragem privada enfrentando o problema da *arbitrabilidade subjetiva*, referente à capacidade das partes e da *arbitrabilidade objetiva*, para verificar se o objeto em conflito pode ser submetido à arbitragem.

Sendo assim, será desenvolvido um breve estudo sobre a arbitragem comercial internacional, bem como sobre a questão do cabimento de cláusula compromissória em contratos administrativos, no que diz respeito à arbitralidade subjetiva e à arbitrabilidade objetiva do ente estatal.

## 2. Crise da Justiça e seus Reflexos no Direito Administrativo

Primeiramente, cabe destacar a passagem da obra de Miguel Reale acerca da importância da arbitragem na evolução do Direito:

---

<sup>5</sup> TIBÚRCIO, Carmem. “A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP”, In: TIBÚRCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308

<sup>6</sup> Segundo Carlos Augusto da Silveira Lobo, “a arbitragem é hoje o meio mais utilizado para a solução de litígios oriundos dos contratos internacionais. Bem ilustram as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (CCI) referente ao ano de 2001. Somente nesse ano, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI processou 566 pedidos de arbitragem, em que figuraram 1.492 partes, domiciliadas em 116 países diferentes”. “Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03 e 04

<sup>7</sup> CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, In: SOUTO, Marcos Jurena Villela (coord.). *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 691

“Tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução dos conflitos de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, sem continuarmos a nos perseverar em querer resolver a Crise da Justiça lançando mão apenas de reformas de ordem legislativa estatal, sobretudo quando dependam de alterações no plano constitucional.

A meu ver, a arbitragem vem abrir novo e amplo campo de ação nessa matéria, permitindo que a própria sociedade civil venha trazer preciosa contribuição, valendo-se da alteração verificada na experiência jurídica contemporânea no tocante às fontes do Direito, enriquecidas pelo crescente exercício do chamado poder negocial, em complemento à lei, às decisões judiciais e às normas constitucionais, como penso ter demonstrado em meu livro *Fontes e Modelos do Direito*”.<sup>8</sup>

Conforme mencionado acima, não se pode mais ignorar a lentidão da prestação jurisdicional pelo Estado. Os litígios encaminhados ao Poder Judiciário representam uma quantidade muito superior à capacidade do órgão julgante, prejudicando, assim, a celeridade processual.<sup>9</sup> Dessa forma, não há *processo efetivo*, isto é, a tutela jurisdicional não é prestada conforme os ditames constitucionais, pois não oferece simultaneamente segurança e celeridade.<sup>10</sup>

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o princípio do acesso à Justiça não significa somente o direito de ação, mas está relacionado também à efetividade, à celeridade e à economia processual.<sup>11</sup>

Duas das consequências desastrosas da morosidade da prestação jurisdicional referem-se ao prejuízo à segurança e à continuidade das relações jurídicas, *verbis*:

“O alerta é de um dos grandes economistas brasileiros da atualidade: ‘A inoperância do Judiciário e a incerteza jurídica são fatos graves, que minam a nossa capacidade de crescimento. A incerteza, por exemplo, está na instituição da liminar. Isso cria uma indefinição quanto ao que vai prevalecer. Ela pode manter uma ocupação claramente ilegal de um terreno ou permitir a uma empresa-fantasma de combustível contornar todo o sistema tributário e depois desaparecer.’” (Eduardo Giannetti, in *O Estado de S. Paulo*, 3.8.2003, p. A8) A relação entre a atuação do

---

<sup>8</sup> REALE, Miguel, *Crise da Justiça e Arbitragem*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 13

<sup>9</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, Malheiros Editora: 2010, p. 21

<sup>10</sup> Idem, p. 49

<sup>11</sup> Idem, p. 50

Judiciário e a economia é intensa, como demonstra amplo estudo organizado por Armando Castelar Pinheiro (*Judiciário e Economia, passim*)”.<sup>12</sup>

O debate sobre a eficiência da solução dos litígios deve se pautar no princípio constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII). Portanto, pode-se afirmar que sob a ótica constitucional, negar a participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais é sobrepor o formalismo ao princípio constitucional que garante a efetividade do processo, que abrange segurança e celeridade.<sup>13</sup>

A crescente participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional é consequência do aumento de relações jurídicas internacionais nos últimos anos, principalmente na área de infra-estrutura, essencial para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil.<sup>14</sup>

De acordo com o José Emílio Nunes Pinto, aqueles que não concordam com a participação do Estado na arbitragem comercial interpretam os princípios de Direito Administrativo de forma ortodoxa, não absorvendo o papel evolutivo do Estado.

O Estado sempre foi considerado um ente superior, sendo a relação com os particulares somente de submissão. Após o período de “Estado provedor”, passou o Estado Moderno a regular as atividades que antes eram praticadas por ele, “prevendo standards de comportamento e sancionando os desvios verificados”.<sup>15</sup>

Há três ou quatro décadas o Estado passou a ser empresário também, gerando um “crescimento desordenado de empresas estatais que passaram a concorrer com o setor privado”.<sup>16</sup> Surge, então, o “Estado empreendedor”, que chega ao fim com as privatizações de empresas ou com a desestatização do serviço público (energia elétrica e telecomunicações, por exemplo).

Devido à escassez de recurso, buscou o Estado, no setor privado, parceria para o investimento no desenvolvimento social, cujo objetivo era aprimorar a infra-estrutura do país, que é considerada insuficiente pelo setor privado.

---

<sup>12</sup> Idem, p.48

<sup>13</sup> NORI, Glauco. *Giurisdizione Pubblica e giurisdizioni private*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2000, nº 2, p. 415-423, Apud: OLIVEIRA. Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007, p. 51

<sup>14</sup> PINTO, José Emílio Nunes. *Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias*, Apud: Idem, p. 304 e 305

<sup>15</sup> Idem, p. 305

<sup>16</sup> Idem, ibidem

Portanto, o setor privado passou a ser parceiro do Estado nas questões relativas às responsabilidades sociais, que no passado eram exclusivamente estatais.

Em virtude dessa nova relação do Estado com setor privado, discute-se a possibilidade daquele ente resolver seus conflitos com pessoas jurídicas de direito privado por meio da arbitragem comercial.

Acertadamente, afirma José Emílio Nunes Pinto que “a perpetuação de conflitos impede que o contrato ou a empresa, conforme seja o caso, cumpra sua função, o que redundaria em prejuízo para todos os que por ele são atingidos”<sup>17</sup>. Por isso, defende a participação do Estado na arbitragem como meio de solução de litígios, como forma de garantir a preservação da segurança jurídica das relações, bem como para a preservação do interesse público presente na execução de um determinado contrato.

Igualmente, pode-se atribuir a tendência a soluções alternativas de conflito à “mudança na relação entre empresas estrangeiras e Estados hospedeiros, na medida em que, tradicionalmente, as divergências diziam respeito à nacionalização de recursos pelo Estado hospedeiro, e, modernamente, relacionam-se com o exercício de poderes regulatórios pela autoridade estabelecida após as privatizações”<sup>18</sup>, com exceção do Governo da Bolívia que, nos últimos anos, vem realizando a nacionalização de empresas estrangeiras estabelecidas no país, principalmente nos setores petrolífero e de telefonia<sup>19</sup>.

Para John S. Dzienkowski, as partes de um negócio internacional preferem a arbitragem por quatro motivos: “1) a relutância à aceitação do tribunal local, o qual poderia não oferecer uma decisão imparcial. (...) Questões políticas e à imunidade de jurisdição seriam evitadas; 2) a possível insatisfação com o judiciário tradicional; 3) a natureza litigiosa da solução judiciária, que tende a abalar a relação entre as partes e até a impedir futuros negócios; 4) finalmente, a desvantagem da publicidade dos processos judiciais, em contraposição à confidencialidade das arbitragens”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Idem, p. 314

<sup>18</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado Sá, “Solução de Controvérsias na Indústria do Petróleo”, In: RIBEIRO. op. cit., p. 375

<sup>19</sup> “O presidente da Bolívia, Evo Morales, anunciou nesta quinta-feira que o seu governo assumiu o controle da Entel, a principal companhia telefônica do país, e de outras quatro empresas de petróleo. Segundo a agência de notícias do governo, a Entel - que pertencia a Euro Telecom International, subsidiária do grupo italiano Telecom Italia - foi nacionalizada por decreto.

Também por meio de decretos, o governo de Morales adquiriu a maioria acionária da petrolífera Chaco, que pertencia à British Petroleum, da Transredes, que era da britânica Ashmore e da anglo-holandesa Shell, e da CLHB, de capital alemão e peruano.

Já no caso da petrolífera Andina, o governo anunciou a compra de 50% das ações mais uma no valor de US\$ 6 milhões, após “árduas negociações” com a espanhola Repsol YPF, segundo a Agência Boliviana de Informação (ABI).

A Repsol YPF manterá 48% das ações da Andina, que controla 18 campos de petróleo no país.” O Estado de São Paulo, notícia publicada em 01º de maio de 2008, disponível no site [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), acesso em 20/08/2011

<sup>20</sup> RIBEIRO. op. cit., p. 382

Nesse sentido, a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) prevê a arbitragem no art. 43, X, como uma forma de solução de controvérsia, além da cláusula de eleição de foro para as questões de direito indisponível.<sup>21</sup> Da mesma forma que esta cláusula, a previsão da arbitragem é considerada essencial num contrato de concessão para exploração e produção de petróleo.

Portanto, exigir uma lei específica para permitir a participação do Estado na arbitragem dificulta a realização de transações internacionais bem sucedidas, inclusive daquelas de importantíssimo interesse público.

### 3. Arbitragem Comercial Internacional

No Brasil, a arbitragem ganhou relevância com a publicação da Lei nº 9.307/96 e com a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-incidental no Agravo de Instrumento em Sentença Estrangeira nº 5.206-7<sup>22</sup>, já que o Código de Processo Civil não conferia à cláusula compromissória força para afastar o processo judicial impulsionado por uma das partes. No âmbito internacional, a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque viabilizou a arbitragem comercial internacional, tendo em vista que “é a adesão à Convenção (...) que vem propiciar a confiança dos parceiros internacionais e a certeza de que as sentenças arbitrais prolatadas no Brasil serão reconhecidas e executadas nos países que subordinam a aplicação da Convenção de Nova Iorque à reciprocidade”.<sup>23</sup>

Além da lei geral de arbitragem, há previsão dessa solução alternativa de conflitos em algumas leis específicas, como a Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público, nas leis referentes aos setores de telecomunicações, petróleo e gás e à contratação público-privada.<sup>24</sup>

Em razão da necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, bem como da ausência de força vinculativa da cláusula compromissória, a arbitragem era um meio alternativo de solução de conflito pouco utilizado.

---

<sup>21</sup> TIBÚRCIO. Op. cit., In: TIBÚRCIO. op. cit., p. 326

<sup>22</sup> DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55

<sup>23</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Uma introdução à arbitragem comercial internacional*. In: ALMEIDA. op. cit., p. 06

<sup>24</sup> A arbitragem encontra-se presente nos seguintes normativos, dentre outros: art. 23-A da Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público; art. 93, XV, da Lei nº 9.472/97, referente aos serviços de telecomunicações; art. 43, X, da Lei nº 9.478/97 em relação à concessão de blocos para exploração e lavra de petróleo e gás e art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, referente à contratação público-privada.

Com o advento da Lei de Arbitragem (art. 35), deixou-se de exigir a homologação judicial no Judiciário de origem, exigindo-se tão-somente a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para conferir eficácia interna à sentença arbitral, competência anterior do Supremo Tribunal Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.<sup>25</sup>

Segundo Selma Ferreira Lemes, a Lei de Arbitragem surgiu da “necessidade de flexibilização das normas contratuais com o fito de proporcionar o equilíbrio entre os contratantes e enaltecer a lealdade contratual”<sup>26</sup>, em virtude do cenário de privatizações da época e de nova concepção de contrato administrativo, que consagra a colaboração, ao invés da subordinação do contratado em relação ao Estado.

Outra inovação da Lei nº 9.307/96 é que antes não havia distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna, embora o STF já as diferenciasse, usando o critério geográfico, vez que somente os laudos arbitrais proferidos fora do território nacional necessitavam da homologação desse órgão.<sup>27</sup>

Outra característica apontada por Jacob Dolinger e Carmem Tibúrcio é que o laudo arbitral não era equiparado à sentença estrangeira, devendo ser duplamente homologado: primeiro pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Judiciário estrangeiro e posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>28</sup> O laudo arbitral era a expressão usada para as decisões proferidas em arbitragem antes do advento da Lei nº 9.307/96. Com a promulgação desta lei, passou-se a denominá-la de sentença arbitral, tendo em vista que produz os mesmos efeitos da sentença judicial.<sup>29</sup>

Conforme já exposto, o art. 35 da Lei nº de Arbitragem, com a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, exige a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>25</sup> Antes da Lei nº 9.307/96, o laudo arbitral estrangeiro necessitava ser duplamente homologado. Para ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, para que o laudo produzisse efeitos internamente, deveria ser homologado judicialmente no país de origem, tendo em vista que não era equiparado a uma sentença estrangeira.

Dessa forma, para que o laudo fosse homologado no Supremo, cabia averiguar o preenchimento dos requisitos impostos à homologação de sentença estrangeira, previstos no art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 483 do Código de Processo Civil.

No entanto, com a promulgação da Lei nº 9.307/96, exigiu-se tão-somente a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 35: “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para homologar sentença estrangeira.

<sup>26</sup> LEMOS, Selma Maria Ferreira. *O uso da arbitragem na Administração Pública*. Jornal Valor Econômico: Caderno Legislação e Tributos, São Paulo, 19/08/2003, p. E-2, Apud: CASTRO, Andréa Rabelo. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*. Monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 18

<sup>27</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 24

<sup>28</sup> Idem. p. 25

<sup>29</sup> Idem. p. 36

Para Carlos Augusto da Silveira Lobo, não existe diferença ontológica entre arbitragem interna e arbitragem internacional, sendo que no Brasil, na Holanda e na Inglaterra são utilizadas as mesmas normas tanto para a arbitragem interna quanto para a internacional. A Lei nº 9.307/96 não prevê propriamente a arbitragem internacional, mas sim a sentença arbitral estrangeira.<sup>30</sup> Com base na legislação brasileira, propõe o autor em definir arbitragem comercial internacional como aquela que “produz uma sentença conectada a sistemas legais de dois ou mais países: o em que foi proferida e o (s) em que deverá ser executada”.<sup>31</sup>

Dessa forma, a arbitragem internacional seria identificada pela sentença arbitral, isto é, para a Lei nº 9.307/96, não há sentença arbitral internacional, mas sim sentença estrangeira, que deve ser homologada no país em que será executada.

Portanto, a Lei de Arbitragem adotou a solução monista, tendo em vista a igualdade de tratamento para ambas as arbitragens. No entanto, Philippe Fouchard e João Bosco Lee criticam essa opção legislativa, vez que submete a arbitragem internacional às tradições do direito interno.<sup>32</sup>

Já a Lei Modelo da UNCITRAL (lei modelo publicada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional) considera como sendo arbitragem comercial internacional também as sentenças proferidas e executadas num mesmo país, cujo objeto esteja relacionado a outro Estado ou que as partes tenham convencionado que a matéria se refere a mais de um país.

De acordo com Carmem Tibúrcio<sup>33</sup>, a legislação brasileira adota o critério geográfico da sede do tribunal para caracterizar a nacionalidade da arbitragem, isso em virtude de interpretação a *contrario sensu* do art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/96 (“Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”). Nesse caso, se a sede do tribunal for no Brasil, a arbitragem será interna,

---

<sup>30</sup> De acordo com Guido Fernando Silva Soares, “na hipótese de numa arbitragem haver a incidência de leis estrangeiras, se a sentença arbitral for proferida no Brasil, ela será brasileira, ainda que haja importantes e muito relevantes vínculos significativos com sistemas jurídicos estrangeiros. Da mesma forma, uma arbitragem, cuja sentença tenha sido prolatada no estrangeiro, será estrangeira, ainda que não haja qualquer elemento estrangeiro relevante nas relações *sub studio*”. SOARES, Guido Fernando da Silva. *As Arbitragens Internacionais e Aquelas Reguladas no Direito Interno Brasileiro*, nos Termos da Lei nº 9.307 de 23.9.1996. Alguns Aspectos in MARTINS, Pedro Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *Reflexões sobre Arbitragem*, Ed. LTr, São Paulo, 2002, p. 497, Apud: ALMEIDA, op. cit., p. 08 e 09

<sup>31</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 10

<sup>32</sup> FOUCARD, Philippe. *Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais*. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 3, nº 8, p. 342; LEE, João Bosco. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 11, p. 348; Apud: LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. Op. cit., p. 08

<sup>33</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., 37

mesmo que as partes não sejam nacionais ou que a disputa tenha natureza internacional, embora, a princípio, a natureza da arbitragem não seja relevante para a determinação da lei aplicável quanto ao mérito, vez que se admite a escolha da legislação pelas partes.

A respeito do conceito de arbitragem, Jorge Fontoura entende que o termo arbitragem foi banalizado, devendo-se delimitar as características essenciais desse instituto.<sup>34</sup>

A primeira característica é a liberdade das partes, corolário do princípio da autonomia das vontades, no que se refere à escolha dessa solução de conflito, bem como do árbitro. Em razão disso, aquele autor critica aquelas câmaras arbitrais que já possuem uma lista de árbitros com *numerus clausus*, além de tribunais de revisão arbitral, cujo corpo de árbitros já está formado ou se exige que os árbitros sejam membros de Cortes Supremas.

De modo geral, as soluções alternativas de conflito se dividem em negociação, mediação e arbitragem. Em relação à primeira, não há a presença de um terceiro colaborando na solução do conflito, como ocorre na mediação. Diferentemente, no processo arbitral, o árbitro profere uma decisão que deverá ser observada pelas partes, deixando de meramente auxiliar na solução.<sup>35</sup>

Portanto, o que essencialmente distingue a arbitragem das demais soluções alternativas de conflitos é a substitutividade do árbitro, tendo em vista que é este quem efetivamente decide a questão.<sup>36</sup>

Da mesma forma, a arbitragem não pode ser imposta por nenhuma das partes, sob pena de violar o princípio da autonomia.

Além disso, a sentença arbitral é obrigatória, devendo ser cumprida e respeitada pelas partes. Segundo o autor citado, “a experiência da grande arbitragem internacional demonstra *à outrance* serem as decisões arbitrais cumpridas. Se isso não ocorresse, pelos custos e pelo poder que encerram, seria total irracionalidade da parte irresignada, a gerar prejuízos comerciais incalculáveis, maiores que o valor da condenação, acrescido de honorários advocatícios e custas arbitrais”.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> FONTOURA, José. “Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em Blocos Econômicos”, In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo, 2007, p. 127

<sup>35</sup> “Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), volume V, 2010, p. 65

<sup>36</sup> PINHO. op. cit., p. 70

<sup>37</sup> LEMES, CARMONA, MARTINS. op. cit, p. 129

Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo apontam outra característica da arbitragem: seria um processo consensual sem procedimento definido, uma vez que as partes escolhem a forma com que será conduzida a arbitragem, optam pela arbitragem institucional, cuja instituição já possui regras próprias, como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, ou então, adotam a Lei Modelo da UNCITRAL.<sup>38</sup>

No que diz respeito à nacionalidade da arbitragem, ou da sentença, faz-se necessário determiná-la em razão de três aspectos: 1) em princípio, a lei dessa nacionalidade irá reger a arbitragem; 2) fixa o tribunal estatal que poderá intervir no processo arbitral, se necessário e 3) identifica a legislação que irá amparar a execução da sentença arbitral.<sup>39</sup>

Existem alguns critérios para se determinar a nacionalidade da arbitragem, como o do lugar da sede do tribunal, o da proximidade, da nacionalidade das partes, etc. Cada país adota um critério para distinguir a arbitragem interna da internacional. Na Inglaterra, por exemplo, o *Arbitration Act 1996* determina que a convenção de arbitragem doméstica seja aquela que 1) nenhuma das partes possua nacionalidade de outro Estado que não do Reino Unido ou que resida em outro país; 2) a empresa incorporada ou sua administração central, bem como o controle não sejam exercidos fora do Reino Unido; e 3) que a sede do tribunal de arbitragem seja a Inglaterra.<sup>40</sup>

Em relação à possibilidade de livre escolha pelo árbitro ou pelas partes das regras que serão aplicadas na arbitragem, no Brasil o entendimento varia conforme a adoção da natureza jurídica da arbitragem. A doutrina (majoritária) que adota a teoria jurisdicional - cujo fundamento seria a Lei nº 9.307/96, já que não obriga a homologação judicial da sentença arbitral – entende que “a nomeação dos árbitros, a validade da convenção arbitral, os poderes dos árbitros e a execução do laudo, tudo isto se baseia na lei nacional do lugar em que a arbitragem ocorre.”<sup>41</sup> Mortara, o precursor desta teoria, defendeu que o árbitro é investido de jurisdição, já que sua atividade é idêntica ao dos juízes oficiais.<sup>42</sup>

A teoria contratual defende que a arbitragem corresponde a “privatização da justiça”, pois que sua origem é a vontade das partes. Conseqüentemente, são as partes

---

<sup>38</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97

<sup>39</sup> DOLINGER, e TIBÚRCIO. op. cit., p. 91

<sup>40</sup> TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999, p. 273

<sup>41</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

<sup>42</sup> MORTARA, Ludovico. *Manuale della procedura civile*. Torino: Utet, 1916, v. 2, p. 547, Apud: ALVIM, ob. cit. 41

que escolhem os árbitros, as regras processuais e o lugar da sede do tribunal.<sup>43</sup> O principal defensor desta teoria foi Chiovenda que entendia ser a arbitragem desprovida de jurisdição. No entanto, Carreira Alvim destaca que no direito italiano se exige homologação judicial para a sentença arbitral ter força cogente. Portanto, o pensamento de Chiovenda é concernente à legislação de seu país.<sup>44</sup>

Para a teoria mista a arbitragem tem origem na autonomia da vontade, mas não pode se desenvolver fora do sistema jurídico estatal, em que o Estado exerce certo controle sobre essa solução alternativa de conflitos.

Segundo a teoria autônoma:

“a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base na suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional. Como o desenvolvimento da arbitragem se deu em função dos interesses dos negócios e da necessidade de um método rápido e eficiente na solução das disputas, a arbitragem segue regras próprias elaboradas a partir de anos de prática. A óbvia consequência dessa teoria é a desnacionalização da arbitragem e sua consequente caracterização como transnacional, sem vinculação a um país determinado”.<sup>45</sup>

Portanto, para essa teoria não importam as restrições internas quanto à capacidade do Estado para participar de arbitragem, uma vez que existem regras próprias no plano transnacional.

Carlos Augusto da Silveira Lobo critica a tese de existência de uma arbitragem transnacional, completamente desligada das leis nacionais, por considerá-la utópica, já que a arbitragem ainda depende do aparelho judiciário estatal para executar suas sentenças.<sup>46</sup>

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 606345/RS, a arbitragem possui caráter híbrido “na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro,

---

<sup>43</sup> No Brasil, alguns juristas seguem essa doutrina, tais como o Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho e Alexandre Freitas Câmara. Cf. DONLIGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

<sup>44</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, p. 38

<sup>45</sup> DONLIGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 96

<sup>46</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit., p. 14

juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.<sup>47</sup>

Em relação à natureza da atividade abrangida na arbitragem *comercial* internacional, Fouchard, Gaillard e Goldman entendem que “neste contexto (...) o comércio internacional designa todas as transações econômicas através das fronteiras, e em caso algum remete para a noção interna, estrita e técnica, de acto de comércio ou de comerciante”.<sup>48</sup>

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa considera a arbitragem comercial qualquer “relação da vida privada internacional, em sentido lato, e não apenas a relações comerciais *stricto sensu*, ou a relações entre comerciantes”.<sup>49</sup>

Apesar da crescente utilização do instituto da arbitragem, quando se trata de litígio administrativo, o tema torna-se polêmico, entendendo parte da doutrina brasileira que o Estado não pode deixar de observar o princípio da legalidade, havendo necessidade de autorização legal específica para que o ente estatal se submeta a arbitragens comerciais. Além do mais, sustentam que o Estado não poderia dispor de assunto referente ao interesse público, isto é, para se utilizar da arbitragem comercial internacional, deve o Estado possuir arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

#### **4. Sobre a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional**

##### **4.1 Arbitrabilidade subjetiva**

Quando se discute a possibilidade de participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais, está-se falando de *arbitrabilidade*, que significa a “possibilidade de um litígio ser submetido a arbitragem voluntária (...) tendo em conta não só a natureza do objecto do litígio, como também a qualidade das partes”<sup>50</sup>. A primeira corresponderia a arbitrabilidade objetiva e a segunda, a arbitrabilidade subjetiva.

Nesse aspecto, deve-se analisar se o Estado possui capacidade para participar em arbitragens, no que se refere à aptidão dos entes públicos, bem como quais matérias poderão ser objeto desse meio de solução alternativa de litígio. Afirmado positivamente pela capacidade de participação do Estado nas arbitragens, questiona-se

---

<sup>47</sup> RESP 606345/RS, Ministro Relator João Otávio de Noronha, DJ 08/06/2007, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 22/08/2011

<sup>48</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Litec, Paris, 1996, p. 38, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 15

<sup>49</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 16

<sup>50</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 10

se o ente estatal poderia levar todas as matérias para a via arbitral (arbitrabilidade objetiva).

Para Ana Perestrelo de Oliveira, há diferença conceitual de arbitrabilidade subjetiva para a arbitragem interna e para a internacional. Segundo essa autora, em relação à arbitrabilidade objetiva na esfera internacional, o critério acaba sendo absorvido pela regra da arbitrabilidade subjetiva, vez que o princípio de ordem pública internacional impede o Estado de invocar a lei nacional para não cumprir Convenção celebrada.<sup>51</sup>

Dessa forma, a arbitrabilidade subjetiva internacional não está relacionada à capacidade do Estado de solucionar seus conflitos pela via arbitral mediante autorização legal de sua lei nacional. Esse tipo de arbitralidade é objeto das próprias convenções internacionais celebradas.

De acordo com essa autora, a lei de arbitragem portuguesa segue a tendência da maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros,<sup>52</sup> os quais admitem a ampla participação do Estado em arbitragens, prevendo somente um princípio geral de arbitrabilidade. Ao invés disso, outros ordenamentos não adotam a arbitrabilidade como regra, admitindo algumas exceções. Considera a autora o Brasil dentre os países que admitem a arbitralidade ampla, tendo em vista que a lei não proíbe expressamente, como ocorre na França, em que o art. 2060 do *Code Civil* proíbe a arbitragem para os entes públicos (“*collectivités publiques et établissements publics*”)<sup>53</sup>.

Em Portugal é polêmica a participação em arbitragem comercial do ente estatal quando o objeto se trata de ato de império, sendo que para os atos de gestão é evidente a possibilidade, tendo em vista que nesse caso o Estado atua como se particular fosse.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> “Como explicar, na verdade, que o Estado pudesse invocar eventuais restrições constantes da sua lei nacional com vista a subtrair-se à convenção de arbitragem que livremente concluiu? *Maxime*, como compatibilizar a solução com os princípios (universalmente válidos) da boa-fé e da proibição de agir *contra factum proprium*, bem como com o imperativo de segurança nas relações comerciais internacionais? Confirma-se, pois, que a qualificação como questão de ‘capacidade’ não é capaz de respeitar os valores em jogo – o princípio da confiança e as necessidades do comércio internacional – devendo, por isso, ser rejeitada”. OLIVEIRA. op. cit., p. 112

<sup>52</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 34

<sup>53</sup> Todavia, parte da doutrina brasileira entende que há necessidade de autorização legal específica para que a Administração Pública participe da arbitragem, em razão do princípio da legalidade. Vide, DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 426.

<sup>54</sup> “Insistimos já que a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos varia consoante o litígio emerge de uma relação jurídica de Direito privado ou de uma relação jurídica de Direito público. No que respeita aos litígios de Direito privado, o problema é de simples resolução: uma vez que o ente público actua *jure gestionis*, como qualquer privado, não se compreenderia que eventuais diferendos surgidos nesse âmbito de actuação não pudessem, nos termos gerais, ser submetidos a arbitragem, como se de verdadeiro diferendo *inter privados* se tratasse. (...) Quando em causa estão litígios relativos a relações de Direito público, a questão assume maior complexidade.” OLIVEIRA, op. cit., p. 39 - 40

Na França, apesar do Código Civil proibir a via arbitral para os entes públicos, a jurisprudência admite sua participação na arbitragem comercial internacional, e no plano interno, diversas leis prevêm a autorização específica.

A Convenção de Genebra sobre arbitragem comercial internacional já previa a “capacidade das pessoas coletivas de Direito público para se submeterem a arbitragem” (art. 2º, §1º), podendo o Estado formular uma reserva no momento da assinatura ou da ratificação.

Embora a Convenção de Washington não tenha previsão expressa da arbitrabilidade estatal, demonstra aceitação da participação do Estado em arbitragens internacionais.

A mais importante convenção internacional sobre arbitragem, a Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, que trata do reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tem como objetivo simplificar os requisitos de reconhecimento e de execução, sendo aplicada a relações jurídicas de qualquer natureza, independentemente da nacionalidade dos sujeitos.<sup>55</sup> Essa Convenção está ratificada por quase todos os países relevantes que participam do comércio internacional.

De modo geral, ao contrário do que dispõe a Lei nº 9.307/96, que prevê a possibilidade de cláusula compromissória somente na hipótese de solução de um litígio contratual, a Convenção de Nova Iorque admite a arbitragem para qualquer negócio jurídico, seja contratual ou não. Em razão disso, Carlos Augusto da Silveira Lobo entende que o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de homologar sentença arbitral estrangeira mesmo que o objeto não seja um contrato.<sup>56</sup>

De acordo com Fouchard/Gaillard/Goldman<sup>57</sup> e Lima Pinheiro<sup>58</sup>, a Convenção de Nova Iorque não trata da arbitrabilidade subjetiva do ente estatal, devendo aferir-se a incapacidade na lei aplicável ao caso. Essa é uma interpretação dada a partir da leitura da seguinte norma do artigo V, §1º, al. a) daquela Convenção: “como causa de recusa do reconhecimento ou execução da sentença arbitral, a ‘arbitrabilidade das partes outorgantes na convenção (...), *nos termos da lei que lhes é aplicável*’”. Essa regra visa garantir maior aceitabilidade da sentença na ordem jurídica em que será executada.

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA. op. cit., p. 116

<sup>56</sup> LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 21

<sup>57</sup> FOUCARD, *Traité...*, op. cit., p. 1000, Apud: OLIVEIRA. op. cit., p. 117

<sup>58</sup> PINHEIRO, Lima. *Arbitragem*, ...p. 219 e 300, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 117

Igualmente, a jurisprudência arbitral admite a participação dos Estados e entes públicos em arbitragem comercial internacional, independentemente das disposições da lei nacional.<sup>59</sup>

Também fazendo referência à arbitrabilidade subjetiva, a Resolução do Instituto de Direito Internacional prevê que “um Estado, uma empresa do Estado ou uma entidade estatal não podem invocar a sua incapacidade para concluir uma convenção de arbitragem para recusar participar numa arbitragem internacional na qual consentiram”<sup>60</sup>.

No Brasil, antes da Lei nº 9.307/96, a doutrina majoritária e a jurisprudência eram contrárias à submissão do Estado à arbitragem em virtude do princípio da indisponibilidade do serviço público. A exigência de autorização legal específica remonta ao período em que se dava o mesmo tratamento jurídico da alienação de bens públicos à arbitragem envolvendo a Administração.

Todavia, no plano internacional entendia-se que o Estado tinha capacidade para participar de arbitragem comercial, tendo em vista que o parágrafo único do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86 (lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal), após alteração pelo Decreto-lei nº 2.348/87, admitia a arbitragem nos contratos firmados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior, para aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil fizesse parte, nos casos de contratação com empresa estrangeira para compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República, conforme dispunha o §13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86.

Atualmente ainda não há consenso em relação à arbitrabilidade subjetiva, mesmo sendo o objeto um contrato administrativo, cujo princípio da autonomia da vontade também favorece ao Estado. Defende-se que o ente público estaria condicionado a uma autorização legal específica, em virtude do princípio da legalidade, já que a regra geral estipulada pela Lei nº 8.666/93 é a previsão de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos.<sup>61</sup> Contra essa tese, alega-se que o art. 1º da Lei nº

---

<sup>59</sup> DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 415/418

<sup>60</sup> “A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed”. Este princípio está previsto no art. 5º da Resolução de 1989 do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, empresas ou entidades estatais e empresas estrangeiras. O Instituto é uma organização internacional privada com o propósito de desenvolver o progresso do Direito Internacional. Disponível no site [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org) Cf. OLIVEIRA. op. cit., p. 122

<sup>61</sup> “(...) não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui generis*, pode prevenir o litígio, pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela

9.307/96 não exclui a pessoa jurídica de direito público, prevendo de forma geral, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A Lei de Licitação não é o único diploma legal que trata da arbitragem. Além disso, é uma lei sob certo ponto obsoleta quanto à questão da arbitrabilidade estatal, devendo-se fazer uma interpretação sistemática e evolutiva de suas normas, em razão da nova concepção de contrato administrativo, cujo contratado é considerado um investidor para o país. Odete Medauar destaca que o princípio da legalidade não faz supor que a Administração Pública deva se respaldar sempre numa lei específica para cada ato administrativo, sob pena de paralisar suas atividades. Do mesmo modo, agir conforme a lei tem um significado amplo e sistemático. A arbitrabilidade subjetiva do Estado não está regida somente pela Lei de Licitações, mas também por normas constitucionais, por outras normas infraconstitucionais, por princípios e até mesmo por normas infralegais.<sup>62</sup>

Portanto, a interpretação sistemática que se deve dar à regra que impõe a previsão de cláusula de eleição de foro no contrato administrativo é dirigida para as questões que versam sobre direito indisponível, tendo em vista que para os casos referentes a direitos disponíveis, a Lei nº 9.307/96 previu a cláusula compromissória, a qual vincula as partes ao processo arbitral. Na visão de Carlos Alberto Carmona:

“A Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica.”<sup>63</sup>

Ademais, esse autor defende que a eleição de foro no contrato administrativo não é incompatível com a arbitragem, já que o Judiciário pode vir a ser procurado para prestar uma tutela jurisdicional que o árbitro não poderia por ausência de competência, como a execução de medida cautelar.

---

excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público, que não podem ser objeto de transação”. STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJU 15 fev. 1973, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 23/08/2011

<sup>62</sup> Para Odete Medauar, um dos significados operacionais do princípio da legalidade é o de permitir a Administração Pública de adotar medidas e atos, tendo como fundamento uma base legal de caráter amplo, que por vezes é tão-somente uma norma de competência. Essa função administrativa consiste na produção de normas infralegais, que não passam pelo crivo do Poder Legislativo. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011, p. 132

<sup>63</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998, p. 54

Selma Lemes destaca que atualmente os contratos administrativos caracterizam-se pela grandeza do empreendimento, dependendo o Estado e a sociedade civil do sucesso desse negócio. Dessa forma, prioriza-se o equilíbrio das partes na relação contratual, para que a transação seja vantajosa tanto para o setor privado quanto para o Estado.<sup>64</sup> Os meios alternativos de solução de conflito ganham relevância no Direito Administrativo em razão da nova roupagem do contrato administrativo, o qual passa a ter como objetivo o crescimento econômico, com o desenvolvimento da infraestrutura. Como exemplo, os contratos para aquisição de tecnologia e transferência de *know-how* são fundamentais para o país, não sendo mais possível invocar a figura do Estado autoritário. Ao invés disso, o Estado hoje se socorre dos princípios jurídicos do Direito Privado para buscar mais liberdade e eficácia nos negócios. Diante desse cenário, “a arbitragem encontra solo fértil para ser analisada no âmbito dos contratos administrativos”.<sup>65</sup>

Outro aspecto da arbitrabilidade subjetiva é a questão da imunidade jurisdicional<sup>66</sup>. De acordo com o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93, deve haver no contrato administrativo uma cláusula prevendo o foro da sede da Administração Pública, sendo, portanto, a renúncia à imunidade de jurisdição inadmitida na legislação brasileira, exceto nas hipóteses previstas no art. 32, §6º da lei citada, quais sejam: 1) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento foi feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; 2) contratação de empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior; e 3) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. Como se nota, são exceções taxativas, que devem ser interpretadas restritivamente.

Segundo Eros Roberto Grau, o princípio da imunidade de jurisdição não é absoluto, conforme vários exemplos ocorridos na jurisdição estrangeira, como as ações indenizatórias contra as empresas de tabaco ajuizadas pelos entes federativos brasileiros nos Estados Unidos. Também não se deve relacionar arbitragem internacional com a

---

<sup>64</sup> “Nesta óptica, passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no Direito Privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da subsidiariedade etc., a Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas de solução de controvérsias (mediação, conciliação e arbitragem), que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro), que se referem a direitos patrimoniais (...)”. LEMES. op. cit., p. 53 e 54

<sup>65</sup> LEMES. op. cit., p. 58

<sup>66</sup> “A legislação brasileira é contrária à submissão do Estado brasileiro à jurisdição estrangeira”. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 397

ideia de imunidade jurisdicional, pois o que se evita com a arbitragem é exatamente a jurisdição.<sup>67</sup>

Para os doutrinadores ingleses Julian D M Lew, Loukas A Mistelis e Stefan M Kröll, o princípio da imunidade internacional deixou de ser absoluto no século XX em razão do crescimento da participação dos Estados em atividades comerciais. Essa tendência se reflete nas convenções internacionais, como a *European Convention on State Immunity* e em leis nacionais, como o *English State Immunity Act*. No caso *Kuwait Airways v Iraqi Airways*, foi decidido que se o Estado participa do comércio internacional em condições de igualdade com o particular, não havendo justificativa para se evitar as consequências econômicas de seus atos. Além disso, se um Estado firmou cláusula compromissória, não poderá mais tarde invocar a imunidade jurisdicional para resistir ao tribunal arbitral, sob pena de violar o princípio da boa-fé.<sup>68</sup>

Favorável à arbitrabilidade subjetiva do Estado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com base no art. 4º, VII, da Constituição da República, admite a participação do Estado brasileiro em arbitragens internacionais (“art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII – solução pacífica dos conflitos”).<sup>69</sup>

Para Clávio Valença Filho, “a validade das convenções de arbitragem insertas em contratos administrativos deriva diretamente da natureza jurisdicional da arbitragem, sendo, para tanto, despicienda qualquer forma de autorização legislativa”.<sup>70</sup>

Antenor Madrugá entende que o Estado brasileiro pode renunciar à imunidade de jurisdição por se tratar de ato de gestão de representação judicial, na hipótese do interesse estatal ser mais bem defendido em tribunal estrangeiro.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 397-398

<sup>68</sup> LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, 2003, p. 744-746

<sup>69</sup> “Na órbita externa, rege a matéria o princípio fundamental estabelecido no art. 4º, VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas – portanto consensuais – para dirimir controvérsias em que seja parte a República Federativa do Brasil e suas subdivisões. Nestas hipóteses, portanto, o Estado não está apenas autorizado, mas constitucionalmente obrigado a esgotar as soluções de consenso, compreendida a arbitragem, *podendo atingir até mesmo interesses indisponíveis*, sem qualquer outro limite que a observância da proporcionalidade entre valores preservados e valores sacrificados”. (grifo acrescentado) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, 209, julho-setembro de 1997, p. 87 Na opinião de Carmem Tibúrcio, as normas do art. 4º referem-se às questões de direito internacional público. Cf. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 405

<sup>70</sup> VALENÇA FILHO, Clávio. *Arbitragens e contratos administrativos*, Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 372

<sup>71</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*, Biblioteca de Teses, Renovar, p. 375 e 418 (2003), Apud: Idem.

Em suma, parte da doutrina defende que a Administração Pública pode firmar uma cláusula compromissória em razão da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos nos acordos administrativos. Outra entende que a autorização legislativa geral para o Estado se utilizar da via arbitral é a prevista na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) ou na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), sendo que outra corrente admite a arbitragem somente para as empresas públicas e sociedades de economia mista com fundamento no art. 173, §1º, da Constituição da República.<sup>72</sup>

Contrariamente, Lúcia Valle Figueiredo entende que as normas processuais de ordem constitucional não podem ser alteradas pela lei infraconstitucional, concluindo, assim, que o uso da arbitragem pelo Estado é inconstitucional.<sup>73</sup> Na visão de Castro Nunes<sup>74</sup>, são conciliáveis a arbitragem e as normas constitucionais processuais, pois as partes possuem liberdade em optar pelo meio alternativo ou pela jurisdição estatal. O que não pode fazer a legislação infraconstitucional é proibir o acesso à Justiça.

Importante mencionar a interpretação de Pedro Batista Martins, para quem os diplomas legais específicos que fazem menção à arbitragem têm “objetivo didático do legislador”<sup>75</sup>. Não é lógico permitir o uso da via arbitral para alguns entes estatais e para outros alegar a incapacidade, sendo que todos integram a Administração Pública. No mesmo sentido, Selma Lemes defende que a capacidade do Estado para participar da arbitragem comercial tem respaldo na Lei nº 9.307/96, uma vez que esse estatuto não prevê aplicação específica para as pessoas jurídicas de direito privado.<sup>76</sup>

Por sua vez, para a jurisprudência arbitral a cláusula compromissória representa renúncia à imunidade de jurisdição, a qual se aplica mesmo em se tratando de ato de império, sob pena de violação do princípio da boa-fé.<sup>77</sup> Ressalta-se que somente o

---

<sup>72</sup> Adilson Abreu Dallari defende a aplicação supletiva do Código Civil para possibilitar a arbitragem ao Estado. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 128/65, 2003, Apud: DOLINGER e TIBÚRCIO. Op. cit., p. 426

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed, 2004, p. 108, Apud: LEMES. op. cit., p. 75

<sup>74</sup> NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950, p. 279, Apud: Idem, p. 77

<sup>75</sup> MARTINS, Pedro Batista. *O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da lei nº 9.307/96 (3ª parte)*, RDBA, 12:334, abr./jun., 2001, Apud: Idem, p. 84

<sup>76</sup> LEMES. op. cit., p. 83

<sup>77</sup> “Em decisão CCI recente, de 2002, no Caso nº 11.559, o tribunal arbitral sediado em Paris rechaçou a alegação das Requeridas (empresas que integram a administração pública no Brasil) de que a cláusula arbitral por elas firmada era inválida com base na lei brasileira. Sustenta o tribunal: ‘Assim, por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o venire contra factum proprium impõe-se a conclusão de que não é lícito às Requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora argüir a invalidade da renúncia á imunidade de

Estado pode renunciar esse privilégio, pois as demais subdivisões administrativas não possuem soberania.

Por fim, corroborando a tese da capacidade de entes estatais na arbitragem comercial, a PEC 96 de 1992, que vedava o uso da arbitragem para o Estado, foi afastada embora já tivesse sido aprovada pela Câmara dos Deputados. Para Arnaldo Wald essa proposta de emenda constitucional contrariava os verdadeiros interesses do país, representando um retrocesso diante da legislação vigente.<sup>78</sup>

#### 4.2 Arbitrabilidade objetiva

Outra condição exigida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96 para que um conflito possa ser submetido ao processo arbitral é a disponibilidade do objeto, devendo a matéria ter natureza patrimonial disponível. Caio Mário da Silva Pereira entende que direitos patrimoniais seriam os avaliáveis pecuniariamente, fazendo parte de uma relação jurídica mensurável economicamente.<sup>79</sup>

Sobre esse tema, o Tribunal de Contas da União<sup>80</sup> já alegou que a Administração Pública não pode se submeter à arbitragem, tendo em vista que o interesse público é indisponível. Ocorre que não se deve opor o direito disponível ao interesse público, pois esse princípio deve ser aplicado indistintamente, isto é, em qualquer função administrativa se deve observar o interesse público. De acordo com Eros Roberto Grau, a disponibilidade dos direitos patrimoniais não acarreta necessariamente na disposição do interesse público.<sup>81</sup>

Visando compatibilizar o princípio da indisponibilidade do interesse público e o exercício da administração, a doutrina alemã distinguiu em dois níveis de categoria o exercício da Administração Pública: primária e secundária, sendo apenas a segunda

---

*jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a Requerente*”. In: DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 418

<sup>78</sup> WALD, Arnaldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 23

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol 1, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 77

<sup>80</sup> “De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consectários de outros citados): (...) b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração. (...) Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois ao entregar a terceiro que não o Estado-juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesse que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida”. Decisão do TCU no processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193, jul/set. 1993, p. 342

<sup>81</sup> GRAU. op. cit, p. 404

negociável e flexível.<sup>82</sup> Na proteção do interesse público primário o Estado estará desempenhando suas funções política e legislativa. Quando atua na persecução do interesse da Administração, estará atuando no interesse público secundário. Exemplo de interesse da Administração é o de pagar o menor valor possível a seus credores.<sup>83</sup>

Eduardo Talamini apresenta interessante tese sobre a arbitralidade objetiva do Estado. Segundo o autor, existem duas acepções de indisponibilidade provenientes do direito material:

- 1) “a indisponibilidade põe-se como vedação à renúncia de um direito existente”;
- 2) a indisponibilidade configura-se na proibição de se reconhecer direito de outrem, senão pela intervenção jurisdicional.<sup>84</sup>

Somente na primeira hipótese é que se trata de relação de direito público propriamente dita, uma vez que a Administração Pública deve agir independentemente de autorização judicial.

Já a segunda hipótese de indisponibilidade se refere à possibilidade do uso arbitragem pelo Estado, tendo em vista que a via arbitral somente é possível quando não há necessidade da intervenção do Judiciário.

Sendo assim, “se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível”.<sup>85</sup>

A Administração Pública ao se submeter à via arbitral não estará renunciando a direito algum, mas irá tão-somente optar por solucionar alguma lide existente por meio de um processo em que também deve ser respeitado o devido processo legal. Caso haja alguma ofensa à Constituição da República ou à norma infraconstitucional, é possível ajuizar ação anulatória no Judiciário.

---

<sup>82</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325

<sup>83</sup> GRAU. op. cit. p. 403

<sup>84</sup> TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*, disponível em [http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A\\_in\\_disponibilidade\\_do\\_interesse\\_publico\\_c\\_onsequencias\\_processuais](http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_c_onsequencias_processuais), site acessado em 17/03/2011, p. 13

<sup>85</sup> Idem, p. 14

Afirma Eduardo Talamini que a tendência da doutrina brasileira é admitir o uso da arbitragem pelo Estado, nos casos que tratam de interesse patrimonial.<sup>86</sup> Quanto à jurisprudência, citou o autor duas decisões que admitiram a via arbitral para o Estado sem que fosse exigida lei específica (MS 1998002003066-9, Conselho Especial, TJDF, j. 18.05.1999, rel. Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999, divulgada na Revista de Direito Bancário 8, 2000, p. 359 e TAPR, apelação 247.646-0, 7ª Câmara Cível, 11.02.2004, rel. J. Lauro Laertes de Oliveira).

Atualmente, a jurisprudência é ainda bastante polêmica em relação à participação da Administração Pública em arbitragem sem lei autorizativa específica.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 2003.002.07839, não admitiu a arbitragem no caso Guggenheim com base na violação ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.<sup>87</sup>

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 11308/RJ, que tratava de permissão de área portuária, decidiu pelo cabimento da participação da Administração Pública em arbitragem com base na Lei nº 9.307/96, conforme a passagem a seguir:

“Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: ‘In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. *A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o*

---

<sup>86</sup> O autor cita os seguintes autores: Caio Tácito (“Arbitragem nos litígios administrativos”, em RDA, 210, 1997, p. 114-115), Adilson Dallari (“Arbitragem na concessão de serviço público” em RTDP 13, 1996, p. 8-9), Eros Roberto Grau (“Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”, em Revista de Direito Bancário, 18, p. 401, 2002), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Arbitragem nos contratos administrativos”, em RDA 209, 1997, p. 89), Leon Frejda Szklarowsky (“A arbitragem e os contratos administrativos”, divulgado na internet: [www.camarba.com.br/wald.htm](http://www.camarba.com.br/wald.htm)), Carlos Alberto Carmona (“Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, Malheiros, 1998, p. 52 e ss.), Ada Grionover (“Arbitragem e prestação de serviços públicos”, em RDA 233, 2003, p. 377 e ss.), Eliana Calmon (“A arbitragem internacional entre entes públicos”, em Revista Ibero-Americana de Direito Público, 2002, p. 66), Selma Lemes (“Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva”, versão escrita de palestra proferida em 06.05.2003 no Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 5 e ss.) e Gustavo H. J. de Oliveira (“A arbitragem e a nova contratualização administrativa”, em Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu F. Bacellar Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 273 e ss.).

<sup>87</sup> TJRJ, AI 2003.002.07839, Rel.Des. Ademir Pimentel, julgado em 29/10/2003, disponível no site [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br), acesso em 24/08/2011

*artigo 1º, da Lei 9.307/96: ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.’ (fls. 472/473).” (STJ, MS 11308/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19/05/2008) (grifo acrescentado)*

Já o Tribunal de Contas da União somente admite a previsão da arbitragem em contratos administrativos por meio de lei específica que autorize cláusula compromissória.

Em 2008, o Tribunal de Contas da União (TCU), analisando contrato de concessão celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A., admitiu a cláusula compromissória somente nos contratos em que a Administração Pública estivesse em condição de igualdade com o particular, como nos contratos de locação, de seguro, de financiamento, ou seja, diante da natureza disponível do objeto contratual. Com relação aos contratos que envolvem interesse público, somente com autorização legal específica poderia o Estado se socorrer da arbitragem, em virtude da impossibilidade de dispor sobre direito indisponível.<sup>88</sup> Todavia, não foi analisado o mérito do processo, vez que a agência reguladora comprometeu-se em seguir a orientação deste Tribunal.

Em 2009, no julgamento referente ao acordo de cooperação técnica internacional, celebrado entre a Secretaria de Educação do MEC, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), o Tribunal de Contas da União somente admitiu a cláusula compromissória em questão, pois entendeu que se tratava de um tratado regido pelo Direito Internacional Público.<sup>89</sup>

No entanto, ao contrário do que sustenta o TCU, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente com o princípio do interesse público, mas com o aspecto econômico do objeto contratual.

---

<sup>88</sup> TCU, Acórdão 391/2008, Plenário, Rel. Min. Marcos Vileça, Ata 07/2008, DOU 14/03/2008, disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 24/08/2011

<sup>89</sup> “Caso os atos complementares de cooperação técnica fossem considerados convênios administrativos, a validade da cláusula compromissória seria no mínimo discutível (vide, por exemplo, as considerações feitas no Acórdão 537/2006-2ª Câmara, relativa aos contratos, mas em tudo extensíveis aos convênios). Se, ao contrário, considerar-se a natureza de tratado internacional (na modalidade de acordo executivo), a previsão da arbitragem é facilmente justificável.” TCU, Acórdão 1339/2009, Rel. José Jorge, Publicação: Ata 24/2009, sessão de 17/06/2009, disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 24/08/2011

Para Cesar Augusto Guimarães Pereira,<sup>90</sup> essas decisões do Tribunal de Contas da União não refletem o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência, que admitem a previsão de cláusula compromissória em contratos administrativos, significando isso a possibilidade de alteração das decisões desse órgão.

Sob o enfoque da natureza disponível do contrato administrativo em questão, o Superior Tribunal de Justiça, no MS 11308/DF (2005/0212763-0), decidiu pela possibilidade de inserção de cláusula compromissória. O caso concreto trata de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia (Portaria Ministerial nº 782/05), que “ratificou os termos da rescisão contratual precedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP (...) do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB-001 (...) com a empresa TMC (...) e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, (...) como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento (...).”<sup>91</sup>

Decidiu o STJ que a doutrina admite a legalidade da submissão do Estado à arbitragem com fulcro em precedente do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “caso Lage”, cuja decisão permitiu a arbitragem entre a União e a Organização Lage.

Segundo o precedente, somente os direitos disponíveis, referentes ao interesse da Administração, estão sujeitos à arbitragem, conforme passagem a seguir “(...) quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio”. Portanto, somente o interesse público é indisponível, não o interesse da Administração.

De acordo com esse julgado do STJ, aplica-se a Lei nº 9.307/96 ao caso concreto, devendo-se afastar a jurisdição estatal, tendo em vista previsão de cláusula compromissória no contrato administrativo celebrado entre a NUCLEP e a TMC. Dessa forma, julgou-se, por unanimidade, conceder a segurança para determinar que o litígio seja conhecido e solucionado por juízo arbitral.

Marçal Justen Filho entende que, se a indisponibilidade dos direitos da Administração Pública é motivo para se proibir sua participação em arbitragem, pela mesma razão, o Estado não poderia celebrar contratos com particulares, uma vez que na celebração de contratos reconhece-se “autonomia para produzir qualquer manifestação

---

<sup>90</sup> PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência da TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site [www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283](http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283), acesso em 19/03/2011

<sup>91</sup> STJ, Mandado de Segurança 11308-DF (2005/0212763-0). Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 24/08/2011

de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros”.<sup>92</sup>

Em se tratando de direito ambiental, parcela da doutrina entende pela possibilidade de submeter questões ambientais à arbitragem, tendo em vista a potencial repercussão de caráter patrimonial e disponível que podem surgir a partir da violação de um direito extrapatrimonial e indisponível.<sup>93</sup>

Todavia, o mais comum em tutela ambiental é o objeto se tratar de direito indisponível por se referir a interesse difuso extrapatrimonial, já que o administrado estará em posição de subordinação, conforme o entendimento de Oscar Graça Couto e de Mônica Taves de Campos V. de Carvalho.<sup>94</sup> Segundo os autores, no que se refere a prazos e condições “a lei, a doutrina e a jurisprudência já admitem ‘transação’ (...), seja para *extinguir amigavelmente* ação civil pública já proposta ou em vias de sê-lo (nos casos de inquérito civil em curso), mediante celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85; seja para *evitar* a propositura da ação, mediante celebração do Termo de Compromisso previsto no art. 60 do Decreto nº 3.179/99”<sup>95</sup>. Em razão disso, entendem ser cabível submeter à arbitragem as questões de prazo e condições, tendo em vista a possibilidade de negociação.

Além da distinção de direitos disponíveis e indisponíveis, existe outra classificação, que divide os atos administrativos em atos de império (poder político) e atos de gestão (poder administrativo).

Apesar da conclusão pela constitucionalidade da arbitragem no caso Lage (STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB), a Corte ressaltou, com base no parecer de Castro Nunes, que o Estado não pode se submeter à arbitragem quando atuar como Poder Público, isto é, no exercício de atos de império, que não era a hipótese do caso concreto.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 13ª Ed., 2009, p. 539

<sup>93</sup> “Nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação de direito da personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do *ressarcimento* pelos danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem diante do caráter eminentemente *patrimonial* da lide”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 112, Apud: COUTO, Oscar Graça & CARVALHO, Mônica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente*, Apud: ALMEIDA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 301

<sup>94</sup> “Os entes públicos legitimados à tutela ambiental não poderiam, em regra, abrir mão da ação civil pública de responsabilidade civil por danos ambientais para submeter a questão à arbitragem, pois, em tais circunstâncias, não estabelecem relações de *coordenação* com os administrados, mas de *subordinação*, na defesa de interesses *metaindividuais e indisponíveis*”. Idem, p. 302

<sup>95</sup> Idem, p. 329

<sup>96</sup> STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 24/08/2011

Carmem Tibúrcio sustenta que é possível a previsão de convenção arbitral nos contratos *privados* firmados pelo Estado, referentes aos atos de gestão. Admite, excepcionalmente, para os atos de império “na hipótese de inexistência de jurisdição local, urgência ou com base no princípio da efetividade.”<sup>97</sup> Isso porque a arbitragem internacional, envolvendo atos de império, deve ser regida pelo direito internacional público por meio de tratados firmados entre os Estados.

Existem alguns critérios para se distinguir atos de império e de atos de gestão. Um deles é a teoria da aplicação da lei do Estado litigante, isto é, o árbitro se baseia na legislação nacional do Estado que é parte na arbitragem, devendo, assim, os particulares conhecerem a lei da ordem jurídica do Estado contratante.<sup>98</sup> Outra teoria entende que a lei sobre o mérito escolhida pelas partes é a que deve aferir a natureza do ato estatal.

Uma terceira, não muito bem aceita, aplica a lei da sede de arbitragem com base na teoria jurisdicional, a qual compreende o Estado como controlador e regulador das arbitragens. No entanto, os árbitros não possuem *lex fori*, podendo aplicar a lei que as partes convencionaram ou a que escolher, caso não tenha sido prevista no contrato.

Há, ainda, uma teoria que entende ser aplicável a lei de execução da sentença. A crítica que se faz é que nem sempre se sabe o local onde será executado.

Existe também a teoria que defende a aplicação da *lex mercatoria* para verificar a validade e eficácia da cláusula compromissória, que são, na verdade, os usos e costumes do comércio internacional, desprezando-se o direito estatal para dirimir qualquer controvérsia.<sup>99</sup>

É importante ressaltar que a utilização de meios coativos para se fazer cumprir a sentença arbitral, exige que a parte inicie um processo de execução no Poder Judiciário, após a devida homologação pelo STF. Portanto, é relevante mesmo no âmbito internacional que a jurisprudência do local de execução da sentença arbitral seja favorável à participação do Estado em arbitragens, bem como não haja norma interna

---

<sup>97</sup> DOLINGER e TIBURCIO. op. cit., p. 411

<sup>98</sup> Assim prevê o art. V.1. da Convenção de Nova York: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II, estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas (...)”, Idem. p. 412

<sup>99</sup> Essa teoria origina-se de dois casos: *Arábia Saudita v. Arabian American Oil Co. e Texaco Overseas Petroleum v. Líbia*. Tais casos envolviam questões de imunidade de jurisdição. As cortes arbitrais decidiram que não poderiam submeter uma soberania a uma lei de outro país e que cabe ao sistema de leis internacionais reger a arbitragem, e não uma lei interna. Embora a teoria transnacional seja a melhor aplicável nesses casos, segundo Keren Tweeddale e Andrew Tweeddale, corre-se o risco da sentença arbitral não ser aplicada no país onde será executada por contrariar a legislação daquele Estado. TWEEDDALE. op. cit., p. 277

proibindo a submissão ao juízo arbitral, sob pena de frustrar o sucesso da arbitragem comercial internacional realizada.

Reforçando o entendimento acima, a Convenção de Nova York<sup>100</sup> considera essencial que a legislação interna permita a arbitragem para os entes estatais, a fim que não haja problemas na execução da sentença arbitral.

## 5. Conclusão

O Estado brasileiro vem atuando cada vez mais no cenário internacional, como sujeito de obrigação ou como país hospedeiro, reacendendo, assim, a discussão a respeito da possibilidade de submissão à arbitragem comercial internacional, no que se refere à arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Arbitrabilidade subjetiva seria a capacidade do ente estatal de ser parte no processo arbitral, enquanto arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto que pode ser julgado em sede de arbitragem. A incapacidade do Estado teria como causa a sua imunidade jurisdicional, bem como a necessidade de autorização legal específica para participar de arbitragem.

Embora a jurisprudência dos tribunais de arbitragem entenda que na arbitragem comercial internacional o Estado não possa invocar restrição de lei interna quanto à sua capacidade, o estudo e o convencimento da capacidade do Estado em submeter conflito administrativo a um árbitro são necessários, pois em algum momento a lide poderá ser decidida pelo Poder Judiciário, seja para anular a sentença arbitral, seja para conceder medida cautelar ou para executá-la.

Analisando-se doutrina e jurisprudência, vê-se que a participação do Estado em arbitragem é aceita pela maioria, entendendo que basta a autorização genérica da Lei nº 9.307/96 e que o princípio da imunidade jurisdicional não é absoluto, comportando exceções. Para aqueles que entendem que a arbitragem possui natureza contratual, a imunidade jurisdicional em nada interfere na participação do Estado em arbitragem comercial internacional. Embora o Tribunal de Contas da União não concorde com a ampla arbitrabilidade da Administração Pública, nota-se uma evolução em suas decisões, da total negativa à aceitação nos casos de contrato privado, mesmo que não exista lei específica autorizando.

---

<sup>100</sup> “Enforcement under the New York Convention may be refused where the arbitration is not in accordance with the law of the country where the arbitration took place: Article V.1(d). The DAC report of February 1996 made the following point in regard to ‘floating’ arbitrations: ‘English law does not, at present, recognize the concept of an arbitration which has no seat, and we do not recommend that it should do so’ (...) The laws of the country where the arbitration has its seat should be checked to ensure that they are suitable to the arbitration. (...) If the parties wish for a final and binding award, unchallengeable in a court of law, they will have to agree to have the in a country whose local laws permit such an exclusion agreement.” In: TWEEDDALE. op. cit, p. 278

Paralelamente à evolução do instituto da arbitragem, o Direito Administrativo também sofreu mudanças, como por exemplo, o contrato administrativo deixou de ser um instrumento de autoritarismo para se transformar num acordo de colaboração entre o público e o privado, bem como a constitucionalização do ordenamento jurídico que permitiu uma releitura do princípio da legalidade, de forma que não engessasse a atividade administrativa.

Diante desse conjunto de fatores, somado às ratificações de convenções internacionais sobre arbitragem pelo Estado brasileiro, conclui-se que um ente estatal tem capacidade para ser parte numa arbitragem comercial internacional quando o objeto se tratar de direito disponível.

### Referências Bibliográficas

- ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, 2007
- ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 70/102
- AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: O acesso à Justiça e a Efetividade do Processo. Uma Nova Proposta*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998
- CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Marcos Juruena Villela Souto (coord.), Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009
- CASTRO, Andréa Rabelo de Castro. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*, monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, disponível no site [www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/903338.pdf](http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/903338.pdf), acesso em 08/04/2011
- COLAIÁCOVO, Juan Luis & COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999
- DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- O ESTADO DE SÃO PAULO. *Bolívia nacionaliza empresa telefônica e 4 petrolíferas*, disponível no site [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), publicado em 01º de maio de 2008
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRs. Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*, In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 395/405

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, disponível no site [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org), acesso em 22/08/2011

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 13ª ed., 2009

LEMES Selma Ferreira, CARMONA Carlos Alberto e MARTINS Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo: Atlas, 2007

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007

LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M.. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, Londres, 2003

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 209, julho-setembro de 1997

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site [www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283](http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283), acesso em 19/03/2011

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), volume V, 2010

REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 11/13

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (organizadora). *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, disponível no site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany: litigation, arbitration, mediation*, Verlag C. H. Beck München, 2005

TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação*

monitória), disponível no site [http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A\\_in\\_disponibilidade\\_do\\_interesse\\_publico\\_consequencias\\_processuais](http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais), acesso em 17/03/2011

TIBURCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006  
\_\_\_\_\_. & BARROSO, Luís Roberto (organizadores). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. disponível no site [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br), acesso em 24/08/2011

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos Litígios Administrativos*, In: Revista de Direito Administrativo – 210, out/dez de 111997, p. 111/115

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Decisão do Processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193: I-VI, 1-464, jul/set. 1993, p. 341/352

\_\_\_\_\_. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)

TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999

WALD, Arnoldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 14/28

VALENÇA FILHO, Clávio. *Arbitragens e contratos administrativos*, In: Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 359/373



## LEGISLAÇÕES ESTADUAIS SOBRE AS *CLASS ACTIONS* NORTE-AMERICANAS: UM ESTUDO PANORÂMICO

*Andre 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 apresentar um estudo panorâmico das legislações estaduais sobre ações coletivas nos Estados Unidos, com a finalidade de demonstrar a influência do modelo estruturado nas *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) sobre as normas locais. O estudo que aqui se apresenta revela, além da forte influência exercida pelas FRCP, que a matéria tem sofrido rápidas transformações, evidenciando ainda a sobreposição entre alguns dos requisitos de admissibilidade e de categorias de *class actions* tradicionalmente conhecidos. Uma tendência tem sido a aprovação de reformas para compatibilizar as regras estaduais às recentes alterações na Regra 23 das FRCP.

**Abstract:** This article aims to present a panoramic study of state laws about class actions in the United States, in order to demonstrate the influence of the structured model in the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) on local rules. This study reveals, in addition to the strong influence exercised by the FRCP, that the matter under discussion has undergone rapid changes, showing also the overlap between some of the admissibility requirements and categories of class actions traditionally known. A trend observed is the approval of legislative reforms to match the state rules to recent changes introduced in Rule 23 of the FRCP.

**Palavras-chave:** Ações coletivas – direito comparado – legislação estadual norte-americana – Estados Unidos – processo civil

**Keywords:** Class actions – comparative law – American state law – United States – civil procedure

**Sumário:** 1. Introdução: a importância de um estudo sobre o tema – 2. Noções fundamentais sobre as *class actions* norte-americanas – 3. As legislações estaduais sobre *class actions* – 4. Algumas conclusões extraídas do presente estudo

## 1. Introdução: a importância de um estudo sobre o tema

Muito já se escreveu na doutrina brasileira sobre as ações coletivas nos Estados Unidos, tradicionalmente conhecidas como *class actions*. Até os anos noventa do século XX, as obras publicadas em nosso país apresentavam o assunto a partir de estudos já realizados pelos autores italianos, sem consultar diretamente as fontes estadunidenses. A partir do livro precursor de José Rogério Cruz e Tucci<sup>1</sup>, outros trabalhos se seguiram<sup>2</sup>, utilizando de forma crescente as fontes norte-americanas até que, no ano de 2007, foi publicada a primeira obra específica a respeito das ações coletivas nos Estados Unidos, de autoria de Antonio Gidi<sup>3</sup>.

Nada obstante, o tema tem se mostrado bastante complexo, revelando vários aspectos ainda inexplorados pela doutrina brasileira, especialmente no que tange à estrutura geral do direito processual estadunidense que, sob diversas facetas, se mostra bem diferente do modelo brasileiro<sup>4</sup>.

Ao lado dessas dificuldades, cuja discussão<sup>5</sup> extrapolaria os estreitos limites do presente estudo, é preciso destacar que uma das principais características do modelo federativo norte-americano é que, ao contrário do que se verifica no Brasil, os Estados-membros sempre possuíram ampla autonomia legislativa, inclusive para editar leis sobre direito processual<sup>6</sup>. Isso quer dizer, para os fins deste trabalho, que cada um dos estados americanos poderá ter a sua própria legislação sobre ações coletivas.

---

<sup>1</sup> V. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>2</sup> V. BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, n. 82, 1996, p. 92/151; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 149/167; GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class actions for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 63/97 e BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana, *Revista de Processo*, n. 130, 2005, p. 131/154.

<sup>3</sup> V. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

<sup>4</sup> Apenas a título de uma rudimentar comparação, confrontem-se as *Federal Rules of Civil Procedure*, que disciplinam o processo civil na Justiça Federal estadunidense, com o Código de Processo Civil brasileiro. As FRCP possuem apenas oitenta e seis regras, ao passo que o nosso CPC contém mais de mil e duzentos artigos. É verdade que a brutal diferença apontada não pode ser atribuída exclusivamente à flexibilidade do direito norte-americano, nem ao formalismo e detalhismo do processo civil brasileiro. As FRCP são redigidas em um estilo diferente, permitindo normas bastante extensas. Além disso, o CPC brasileiro tem – ou pelo menos teve, no momento de sua aprovação – a pretensão de disciplinar praticamente toda a matéria processual civil. As FRCP nunca tiveram qualquer pretensão de completude. O direito americano como um todo, aliás, se mostra avesso a modelos abstratos ou sistemas rígidos.

<sup>5</sup> Para uma discussão aprofundada sobre as dificuldades envolvidas, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência norte-americana das class actions: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. 1071 f. Dissertação de mestrado (Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, especialmente p. 17/22.

<sup>6</sup> Algumas passagens de livros norte-americanos revelam isto de forma bem clara. A utilização do termo *jurisdiction* (jurisdição) pela doutrina estadunidense, em vez de *competence* (competência), constitui um excelente exemplo disso. Os autores americanos também não falam em autonomia dos estados, mas sim

Torna-se necessário, portanto, delimitar o âmbito de incidência das legislações estaduais e federal sobre ações coletivas. De uma forma geral, a questão remete ao tema da divisão de competências entre a Justiça Federal e as Justiças Estaduais naquele país. Trata-se de matéria bastante complexa<sup>7</sup> mas, apenas para que se possa proporcionar uma compreensão geral, cumpre dizer que, assim como se verifica no Brasil, a competência das Justiças Estaduais americanas é residual. A Justiça Federal nos dois países somente possui competência para determinados casos específicos. A diferença está nas hipóteses que ensejam a competência dos juízes federais naquele país, que são basicamente duas: a) causas que compreendam a interpretação e a aplicação da Constituição Federal e das leis aprovadas pelo Congresso (*subject-matter jurisdiction*)<sup>8</sup>; e, b) litígios entre autor e réu residentes em estados distintos, desde que a causa envolva um valor mínimo que se encontra previsto em lei federal (*diversity-of-citizenship jurisdiction*)<sup>9</sup>.

Como se poderia facilmente imaginar, em princípio, a legislação federal sobre ações coletivas é aplicada somente na Justiça Federal, ao passo que, nas Justiças locais, incidem as legislações de cada estado sobre a matéria. Embora a competência da Justiça Federal para julgar *class actions* de âmbito interestadual e nacional tenha sido ampliada

---

em *sovereignty* (soberania). V., nesse sentido, as expressões utilizadas por FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 15 (“*federal-question jurisdiction*”) e KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. St Paul: Thomson West, 2004, p. 31 (“*state sovereignty over real property within a given state’s borders*”).

<sup>7</sup> Nesse sentido, admitindo a enorme dificuldade em explicar o tema da competência nos Estados Unidos, GIDI, Antonio. *A class action como instrumento...* Op. Cit., p. 64 (“*A técnica processual através da qual esse objetivo foi atingido [concentração das class actions de âmbito interestadual e nacional na Justiça Federal] é impossível de explicar em poucas palavras e envolve questões da divisão constitucional de trabalho entre as justiças federal e estaduais, através dos conceitos de federal diversity jurisdiction e choice of law. Como estas são questões que dizem respeito às idiossincrasias do Poder Judiciário americano, o tema da competência e jurisdição foi excluído desde (sic) livro.*”).

<sup>8</sup> Em um modelo centralizador como o brasileiro, esta hipótese de competência certamente deslocaria a maior parte dos litígios para a Justiça Federal. O mesmo não ocorre nos Estados Unidos, onde os estados possuem ampla competência legislativa, excepcionada por algumas poucas matérias de competência exclusiva da Justiça Federal, tais como ações envolvendo a proteção de patentes e direitos autorais, bem como procedimentos falimentares. Por outro lado, as causas envolvendo matéria de sucessões e família são de competência exclusiva das Justiças Estaduais. Curiosamente, esta última regra não está prevista em nenhuma norma escrita. Trata-se de uma forma histórica de divisão do trabalho entre os juízes federais e estaduais que sempre foi reconhecida nos Estados Unidos. V., sobre o assunto, KANE, Mary Kay. *Civil procedure...* Op. Cit., p. 7 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al. Civil procedure...* Op. Cit., p. 14.

<sup>9</sup> Tradicionalmente, para instaurar a competência dos juízes federais, era necessário que todos os autores envolvidos no processo fossem de estados distintos de todos os réus e que o valor da causa atingisse um valor mínimo de setenta e cinco mil dólares para cada pretensão individual deduzida em juízo. Isso valia inclusive para as ações coletivas, conforme decidido pela Suprema Corte nos casos *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1969) e *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973). No ano de 2005, entretanto, foi aprovada uma lei conhecida como *Class Action Fairness Act* (CAFA), que estabeleceu regras especiais de *diversity-of-citizenship jurisdiction* para as ações coletivas, ampliando as hipóteses de competência da Justiça Federal. As regras contidas no CAFA são complexas, controversas e seu estudo extrapolaria os limites do presente artigo. Para uma discussão detida sobre a matéria, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions e reformas processuais: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 86-124, out./dez. 2007. Disponibilizado em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br) (acessado em 6 de setembro de 2010).

consideravelmente em razão da aprovação, em 2005, de uma lei conhecida como *Class Action Fairness Act* (CAFA), muitas ações coletivas nos Estados Unidos continuam a ser ajuizadas nas Justiças estaduais.

O problema é que, até a presente data, a doutrina tem ignorado em larga medida o estudo das legislações estaduais sobre *class actions*. Mesmo nos Estados Unidos, não há muitas obras escritas sobre o assunto e a atualização das informações ali constantes, sujeitas a constantes modificações, tem se revelado imprecisa e precária<sup>10</sup>. Isso obrigou o autor do presente estudo a cruzar diversas fontes e a consultar as páginas oficiais dos Poderes Legislativo ou Judiciário de cada um dos Estados-membros para apresentar um relato minimamente confiável sobre a matéria. Na língua portuguesa, por sua vez, não se conhece nenhum trabalho a respeito do tema em questão.

A maioria dos autores americanos que se dispõem a estudar o tema divide as legislações estaduais em grandes grupos, descrevendo suas características mais básicas e enfatizando que a maior parte dos Estados-membros segue a estrutura geral vigente no âmbito da Justiça Federal<sup>11</sup>. Além de não incorporarem as alterações legislativas mais recentes, a exposição apresentada se mostra absolutamente superficial. A proposta do presente trabalho, para proporcionar uma análise mais completa a respeito da evolução das *class actions* nos Estados Unidos, consiste em apresentar um estudo mais detalhado sobre as legislações estaduais em vigor, a fim de que o próprio leitor possa constatar a influência do modelo federal sobre os estados norte-americanos.

## 2. Noções fundamentais sobre as *class actions* norte-americanas

Muito embora um estudo da legislação federal sobre *class actions* não constitua o objeto do presente trabalho, para introduzir a discussão da matéria no âmbito das leis estaduais, afigura-se indispensável tecer breves considerações a respeito da estruturação contida na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

---

<sup>10</sup> Ao que tudo indica, houve lapso de revisão nas últimas edições das obras de FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.*; *Civil procedure...* Op. Cit., p. 774/776 (indicando que Geórgia, Virgínia Ocidental e Michigan ainda estariam filiados ao modelo de 1938 da Regra 23 das FRCP. Entretanto, a Geórgia reformou sua legislação em 2003 e a Virgínia Ocidental aderiu, em 1998, ao modelo reformado das FRCP de 1966. O caso mais grave se encontra em Michigan, que abandonou a antiga categorização de 1938 das FRCP já há mais de vinte anos) e CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 4, p. 400 (repetindo o equívoco apontado acima ao incluir a Virgínia Ocidental entre os estados que se mantêm filiados ao modelo original da Regra 23 de 1938. A inclusão da Geórgia nesse grupo seria justificável, porém, uma vez que a edição consultada para a elaboração deste estudo foi publicada em 2002, um ano antes de alteração da legislação estadual respectiva).

<sup>11</sup> V. KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. 2 ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 179/181 e FRIEDENTHAL, Jack H.; *Civil procedure...* Op. Cit., p. 774/776.

As *class actions* constituem o principal instrumento de tutela coletiva no direito norte-americano<sup>12</sup>. Conceitualmente, podem ser caracterizadas como uma ação coletiva, em que um representante ingressa em juízo para a defesa de interesses ou direitos que pertencem a um grupo, determinável ou não, de pessoas. Para que elas sejam admitidas, devem preencher quatro requisitos gerais expressos da Regra 23 das FRCP, quais sejam: (a) numerosidade; (b) existência de questões de fato ou de direito comuns ao grupo; (c) tipicidade e (d) representatividade adequada.

Segundo o requisito da numerosidade (*numerosity*), para uma *class action* ser certificada, é necessário que o número de membros representados seja tal que torne o litisconsórcio impraticável (porém, não necessariamente impossível). A Regra 23 não estabelece um número de membros *a priori* para que esta condição seja atendida<sup>13</sup>. Com efeito, devem ainda ser considerados outros fatores, como a dispersão geográfica dos interessados, o valor das pretensões individuais envolvidas, a natureza e a complexidade das causas ou a própria mutabilidade dos integrantes do grupo<sup>14</sup>.

O segundo requisito de admissibilidade previsto na Regra 23 é denominado de *commonality*. Em apertada síntese, a *commonality* consiste na exigência de que existam uma ou mais questões de direito ou de fato comuns à classe. Não se exige a identidade absoluta de pretensões, mas a *commonality* deve incidir sobre um ponto relevante para a *class actions*<sup>15</sup>. Por exemplo, tem-se entendido que este requisito estará preenchido se todos os membros discutirem a interpretação de cláusulas contratuais idênticas, ou se todos os integrantes do grupo forem vítimas de um mesmo incidente catastrófico ou, ainda, se todos os membros da classe aleguem ser vítimas de um mesmo padrão de conduta como, por exemplo, a elevação indevida de preços no mercado com a formação

---

<sup>12</sup> Com efeito, existem outros instrumentos de tutela coletiva no direito americano além das *class actions* como, por exemplo, a reunião de processos envolvendo questões comuns para processamento conjunto na Justiça Federal, conhecida como *Multidistrict Litigation* (MDL). Para uma visão geral, v. KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multi-party litigation...*, Op. Cit., p. 273/276 e 371/376 e ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência norte-americana das class actions...* Op. Cit., p. 292/306.

<sup>13</sup> Ao contrário de outros países, onde se exige um número mínimo de membros para a ação coletiva. No Canadá, é exigido que a classe possua, no mínimo, dois membros. Na Austrália, são exigidos pelo menos sete membros. Na China, o mínimo exigido lei corresponde a dez membros. V., sobre o assunto, GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 74 (nota de rodapé 167).

<sup>14</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 218 e segs.; KLONOFF, Robert H., Op. Cit., p. 31/36. No entanto, existem casos em que a classe abrange milhares ou até milhões de pessoas, um número tão grande que, por si só, já evidencia a impraticabilidade do litisconsórcio, dispensando a análise dos demais fatores. V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 243/246.

<sup>15</sup> Este requisito não se confunde com a exigência de predominância das questões coletivas sobre as questões individuais que está contida na Regra 23 (b)(3), condição de admissibilidade apenas para as *class actions* certificadas nesta categoria. A *commonality* é um requisito comum a todas as categorias de *class actions* e está atendido, desde que haja pelo menos uma única questão comum de direito ou de fato. Não é preciso, portanto, que as questões comuns predominem sobre as questões individuais dos membros da classe. V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 272 e segs. (especialmente p. 291/305) e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

de um cartel entre os fornecedores ou, finalmente, se for alegada a existência de uma política geral de discriminação contra os membros da classe<sup>16</sup>. O propósito da exigência é claro: se não existir nenhuma questão comum, por mínima que seja, simplesmente não haveria qualquer propósito em uma ação coletiva.

O terceiro requisito explícito é chamado de “tipicidade” (*typicality*), segundo o qual as pretensões dos representantes devem ser típicas dos interesses de toda a classe. O significado desta exigência é obscuro<sup>17</sup>. Muitos tribunais norte-americanos entendem que este requisito não tem um significado próprio, confundindo-se com a *commonality* ou com a “representatividade adequada”<sup>18</sup>. Outros tribunais entendem que este requisito é a base legal para se exigir que as partes representativas sejam membros da classe<sup>19</sup>. De todo o modo, pode-se afirmar que, no âmbito da tipicidade, realiza-se uma verificação de compatibilidade entre as pretensões individuais ou defesas dos representantes do grupo e as pretensões ou defesas coletivas da classe<sup>20</sup>.

O último dos quatro requisitos previstos na Regra 23 é a “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), segundo o qual a *class action* somente será mantida se as partes representativas protegerem de forma justa e adequada os interesses dos membros da classe. Este é, sem dúvida, o requisito mais importante, porque tem por fundamento a observância ao devido processo legal<sup>21</sup> em relação aos membros ausentes, que não participaram formalmente da *class action*<sup>22</sup>. Com efeito, a sua vinculação ao resultado final da ação coletiva somente pode ser admitida se eles foram representados de forma adequada. Caso contrário, não estarão vinculados aos efeitos da coisa julgada na *class action*, em respeito ao devido processo legal<sup>23</sup>.

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

---

<sup>16</sup> Os exemplos podem ser encontrados em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 278/283 (com referência aos julgados em que tais matérias foram discutidas); KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40/41 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 763.

<sup>17</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 765.

<sup>18</sup> Nesse sentido, FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 765.

<sup>19</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42/43.

<sup>20</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 326.

<sup>21</sup> Assim como no Brasil, o princípio do devido processo legal tem previsão constitucional nos Estados Unidos, mais precisamente na Emenda V de 1791 e na Seção I da Emenda XIV de 1868.

<sup>22</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 766.

<sup>23</sup> O *leading case* sobre o tema foi o caso *Hansberry v. Lee* (1940), apreciado pela Suprema Corte ainda sob a versão original da Regra 23, que já continha a exigência da “representatividade adequada”. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão: “*It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties, or where the interest of the members of the class, some of whom are present as parties, is joint, or where for any other reason the relationship between the parties present and those who are absent is such as legally to entitle the former to stand in the judgment for the latter.*” (*Hansberry v. Lee*, 311 U. S. 31, 61 S.Ct. 115, 85 L. Ed. 22 (1940))

No exame da representatividade adequada em sua primeira dimensão, o que de fato importa não é o número de representantes, mas sim a sua qualidade, experiência e reputação. Dada a sua grande relevância, o controle deste requisito deve ser permanente, ao longo de todo o processo<sup>24</sup>. O juiz deve sempre observar, quanto aos representantes, o seu comprometimento com a causa, a motivação, o vigor na condução do feito<sup>25</sup>, a capacidade financeira, honestidade e credibilidade. Quanto aos advogados da classe<sup>26</sup>, deve ser considerada a sua qualificação profissional, a experiência com *class actions*, a qualidade de seus trabalhos profissionais, conduta ética e a estrutura do seu escritório<sup>27</sup>. Neste primeiro aspecto, deve ser verificada sobretudo a qualidade com que os interesses da classe são defendidos, o que nem sempre é uma tarefa fácil.

Sob o segundo aspecto, a representatividade adequada está relacionada também à ausência de conflitos entre os representantes da classe e os membros ausentes, bem como à inexistência de conluíus e acordos espúrios com a parte adversa<sup>28</sup>. Esta é, na prática, a principal questão enfrentada pelos tribunais no exame da representatividade adequada<sup>29</sup>. Por exemplo, entende-se que os representantes não devem possuir nenhuma relação familiar ou financeira com os advogados, porque eles podem estar interessados em maximizar os honorários, em vez de representar os interesses da classe<sup>30</sup>.

Outro exemplo de conflito de interesses relativamente comum se dá quando as pretensões dos representantes não são as mesmas de todos os membros ausentes. Dois julgamentos bastante comentados na doutrina norte-americana, que foram apreciados pela Suprema Corte na década passada, enfrentaram a questão<sup>31</sup>. Nos dois casos, que versavam sobre a exposição de pessoas aos efeitos tóxicos do amianto, ficou consignado que os autores da ação, que alegaram ter sofrido danos atuais, não podiam representar adequadamente os membros futuros, ou seja, aqueles que poderiam vir a desenvolver doenças futuramente. A Suprema Corte notou que o objetivo dos autores – maximizar a indenização para aqueles que já tinham sofrido danos – era conflitante com o interesse

---

<sup>24</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408.

<sup>25</sup> No caso *McGowan v. Faulkner Concrete Pipe Co.*, 659 F.2d 554 (5<sup>th</sup> Cir. 1981), por exemplo, foi denegada a certificação da *class action* porque, após dois anos, os representantes não tinham conseguido prosseguir na fase de produção de provas (*discovery*) e não restituíram ao réu US\$ 421 pelas cópias que o mesmo tirou de diversos documentos para serem fornecidos aos autores da ação.

<sup>26</sup> Com efeito, o exame da representatividade adequada também atinge os advogados, aspecto este que foi reforçado com o acréscimo da alínea (g) à Regra 23 das FRCP pela emenda aprovada em 2003, que exige que o juiz aponte formalmente quem será o advogado que atuará nos interesses da classe, com base em diversos critérios, tais como a qualidade dos trabalhos apresentados pelo advogado, o seu conhecimento sobre o direito material discutido na ação de classe e sua experiência. Nesse sentido, v. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 58/59.

<sup>27</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408/409 e 416/418.

<sup>28</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 409 e 418/432.

<sup>29</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 53.

<sup>30</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 54.

<sup>31</sup> *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) e *Ortiz v. Fibreboard*, 527 U.S. 815 (1999).

dos membros futuros – preservar os fundos de indenização disponibilizados na ação coletiva para compensar possíveis danos que viessem a ocorrer posteriormente.

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

A Regra 23 (b), seção (1) das FRCP está dividida nas subseções (A) e (B), que definem duas categorias de *class actions* estabelecidas para evitar danos decorrentes de múltiplas demandas envolvendo o mesmo objeto litigioso. Na verdade, as categorias (A) e (B) regulam a mesma situação fática, sob diferentes pontos de vista<sup>32</sup>.

A subseção (1)(A), que estabelece a categoria das *incompatible standards class actions*, prevê que a ação de classe será admitida se o ajuizamento de ações individuais criar o risco de decisões inconsistentes, estabelecendo padrões de conduta incompatíveis para a parte adversa à classe<sup>33</sup>. As cortes norte-americanas têm encontrado dificuldades em delimitar o preciso alcance da norma porque, caso a interpretação seja a mais ampla possível, então praticamente toda *class action* seria certificada nessa categoria, tendo em vista a possibilidade de decisões divergentes nas ações individuais<sup>34</sup>.

A posição predominante nas cortes americanas tem sido afastar a certificação na categoria (b)(1)(A) pelo simples risco de alguns membros serem bem sucedidos em suas ações individuais e outros não<sup>35</sup>. Para compreender o alcance da norma, suponha-se que uma fábrica está produzindo níveis de poluição acima do permitido. Alguns vizinhos podem ajuizar uma ação, requerendo o fechamento da fábrica. Outros vizinhos podem pedir a simples instalação de um filtro na chaminé. Outros podem requerer apenas que sejam estabelecidas algumas restrições às atividades industriais, como o funcionamento da fábrica durante apenas algumas horas por dia. As possibilidades de decisões judiciais incompatíveis do ponto de vista do réu seriam inúmeras. Para evitar esta situação é que se admite a certificação de uma ação coletiva na categoria (b)(1)(A).

---

<sup>32</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, v. 2, p. 10.

<sup>33</sup> V. Regra 23 (b)(1)(A), no original: “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or...”

<sup>34</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 12/14. Um leitor brasileiro poderia imaginar que esta afirmativa deveria ser ressalvada, pois evidentemente não seria possível uma ação individual sobre direito ou interesse transindividual indivisível. No entanto, a noção de indivisibilidade é desconhecida no direito americano. V. GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., p. 55 (“*El reconocimiento del concepto de la indivisibilidad de las pretensiones colectivas sería una importante evolución en el derecho norteamericano.*”) Naturalmente, este tipo de ressalva não seria encontrado em nenhum livro norte-americano sobre o assunto.

<sup>35</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 14 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 64/65.

Considera-se obrigatória a *class action* prevista na Regra 23 (b)(1)(A) porque, uma vez ajuizada e certificada, a vinculação dos membros da classe à decisão na ação coletiva é absoluta, ou seja, sem a possibilidade do exercício do direito de exclusão (*opt out rights*), a fim de evitar possíveis decisões contraditórias em ações individuais.

Passando à segunda categoria de *class actions*, a Regra 23 (b)(1)(B) estabelece que será admissível a ação se o ajuizamento de demandas individuais pelos integrantes do grupo acarretar o risco de que as decisões proferidas nestas ações disponham sobre os interesses de outros membros da classe que não são partes no processo<sup>36</sup>.

O exemplo mais comum de certificação de ações de classe em (b)(1)(B) envolve as chamadas *limited fund class actions*<sup>37</sup>, ou seja, ações coletivas destinadas a assegurar a distribuição justa e equitativa entre os membros da classe de um fundo de indenização, que poderia ser esgotado pelas primeiras ações individuais ajuizadas, em detrimento dos demais integrantes do grupo<sup>38</sup>. Assim também se dá na hipótese de litígios envolvendo a distribuição de dividendos entre os acionistas, pois a repartição dos lucros deve ser feita coletivamente, e não em favor apenas daqueles acionistas que propuseram as suas ações individuais em primeiro lugar<sup>39</sup>.

Nesta segunda categoria, o entendimento tradicional é que não há a possibilidade de exercício individual do direito de exclusão por parte dos membros da classe (*opt-out rights*), tal como ocorre com as *class actions* certificadas na subseção anterior<sup>40</sup>, embora tenham sido admitidas exceções em casos específicos<sup>41</sup>.

A terceira categoria de *class actions* se encontra prevista na Regra 23 (b)(2) das FRCP, a qual estabelece que a ação será admitida se a parte adversa tiver agido ou se recusado a agir com fundamento aplicável à classe inteira, de forma que seja apropriado que o remédio jurídico final, de natureza declaratória ou condenatória de obrigação de fazer ou não fazer, seja adotado para o grupo como um todo<sup>42</sup>. Os requisitos previstos

---

<sup>36</sup> V. Regra 23 (b)(1)(B), no original: “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (...) (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;”

<sup>37</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 33 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 68.

<sup>38</sup> Um leitor mais atento perceberia facilmente o paralelismo entre esta categoria de *class actions* e as hipóteses de execução coletiva existentes na nossa legislação, tais como a falência e a insolvência civil. A diferenciação das *class actions* é que, para serem admitidas, devem obedecer aos requisitos previstos na alínea (a) da Regra 23, dentre os quais a impraticabilidade do litisconsórcio.

<sup>39</sup> V. notas do Comitê Consultivo responsável pela reforma de 1966 da Regra 23 das FRCP e CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 33.

<sup>40</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 75.

<sup>41</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 76.

<sup>42</sup> V. Regra 23 (b)(2), no original: “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that

na norma, portanto, são dois: a) a existência de padrões de conduta da parte adversa que sejam aplicáveis à classe como um todo e; b) a formulação de pedidos declaratórios ou injuntivos (obrigação de fazer ou não fazer).

A demonstração do primeiro requisito previsto nem sempre pode ser facilmente realizada. Imagine-se, por exemplo, que o autor da ação alegue que uma determinada empresa leva em conta critérios raciais para a promoção de seus funcionários. O autor terá que demonstrar não apenas que deixou de ser promovido em virtude de sua raça, como também terá que comprovar um padrão geral de conduta discriminatório, ou seja, que a empresa leva em consideração a raça, de forma sistemática, para fins de promoção de seus empregados. Não é necessário, porém, que todos os integrantes tenham sido afetados diretamente ou se sintam ameaçados<sup>43</sup>. No caso em tela, embora o autor tenha que evidenciar que existe um padrão geral de conduta, ele não precisará comprovar que todos os empregados sofreram discriminação.

O segundo requisito é que a tutela pleiteada na ação seja de natureza declaratória ou injuntiva. À primeira vista, portanto, ficariam afastados os pedidos de indenização nessa categoria. Todavia, os tribunais americanos têm admitido a formulação de pedidos *incidentais*, ou seja, não principais dessa espécie<sup>44</sup>.

A maioria das ações certificadas nesta categoria está relacionada com direitos civis ou outros direitos fundamentais de ordem constitucional, sendo constantes os casos de discriminação racial, religiosa ou sexual. No entanto, as notas do Comitê Consultivo indicam que a categoria (b)(2) não foi criada exclusivamente para este tipo de litígio. As notas se referem, por exemplo, a casos de ações na área de patentes ou para coibir a prática ilegal de preços no mercado<sup>45</sup>. Recentemente, foram admitidas nesta categoria algumas *class actions* relacionadas ao mercado de valores mobiliários<sup>46</sup>.

Assim como as ações de classe previstas em (b)(1), as *class actions* certificadas nesta categoria possuem vinculação obrigatória, sem a possibilidade para o exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). Contudo, assim como na categoria anterior, alguns juízes têm admitido tal direito em circunstâncias excepcionais<sup>47</sup>.

Finalmente, a última categoria se encontra estabelecida na Regra 23 (b)(3), que estabelece que a ação será admitida se a corte decidir que as questões de direito ou de

---

*apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or...*"

<sup>43</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 55 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.* Op. Cit., p. 770.

<sup>44</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 61/62 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.* Op. Cit., p. 770.

<sup>45</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 66/67 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 77.

<sup>46</sup> V. referência a esses casos em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 68/69.

<sup>47</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 84.

fato comuns aos integrantes do grupo predominam em relação às questões individuais e, ainda, que a *class action* é superior aos demais métodos disponíveis para solucionar a controvérsia de forma justa e eficiente. Para isso, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores: (A) o interesse dos membros em controlar individualmente as suas pretensões ou defesas em ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer litígio já iniciado relacionado à controvérsia; (C) a conveniência ou não em concentrar o litígio em determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão enfrentadas para o processamento de uma ação coletiva<sup>48</sup>.

Esta norma prevê um critério residual para a certificação das ações coletivas nos Estados Unidos. O requisito da “predominância” é mais severo que a simples existência de questões comuns à classe (*commonality*). Não basta que se demonstre haver questões de fato ou de direito comuns ao grupo como um todo, sendo indispensável ainda que elas predominem sobre as questões individuais envolvidas<sup>49</sup>. Caso contrário, o processo poderá se tornar um emaranhado de alegações, defesas e provas individuais, arruinando o propósito de uma ação coletiva, ou poderá se transformar numa forma de tutela injusta se não se atenta para as situações particulares dos membros da classe<sup>50</sup>.

A análise do segundo requisito (superioridade) é levada a efeito por um método comparativo com outros procedimentos no sistema processual norte-americano<sup>51</sup>, o que pode envolver institutos de difícil compreensão para um leitor brasileiro. Por exemplo, uma única ação individual nos Estados Unidos pode eventualmente gerar efeitos contra terceiros<sup>52</sup>, seja em razão do sistema de precedentes vinculativos (*stare decisis*) típico da *common law*, seja devido ao instituto da *collateral estoppel*<sup>53</sup>. Outras possibilidades

---

<sup>48</sup> V. Regra 23 (b)(3), no original: “(b) *Types of Class Actions.* A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

<sup>49</sup> V. notas do Comitê Consultivo de 1966; CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 152/153 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

<sup>50</sup> V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 91.

<sup>51</sup> V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 245/246 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

<sup>52</sup> V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

<sup>53</sup> De uma forma geral, a coisa julgada no direito norte-americano, embora seja inspirada nos mesmos valores da coisa julgada no Brasil (segurança jurídica, estabilização dos conflitos, etc.), possui contornos bem mais amplos. Além disso, este instituto nos Estados Unidos possui uma construção basicamente jurisprudencial, praticamente não existindo leis que tratem especificamente sobre o tema. Nos Estados Unidos, o instituto da *former adjudication* inclui os conceitos de “preclusão de pretensões” (*res judicata* ou *claim preclusion*) e “preclusão de questões” (*collateral estoppel* ou *issue preclusion*). A “preclusão de pretensões” impede que as partes voltem a discutir as pretensões já levadas a cabo em um processo anterior. O conceito de “preclusão de questões” (*issue preclusion* ou *collateral estoppel*), por sua vez, impede que as partes voltem a discutir todas as questões que foram passos necessários para se chegar à sentença proferida, sempre que essas questões tenham sido realmente discutidas e apreciadas no primeiro processo. Este conceito pode ser entendido como uma espécie de “preclusão sobre questões prejudiciais”.

desconhecidas no direito brasileiro são a utilização de um processo modelo (*test cases*), a consolidação de ações separadas para uma decisão judicial comum (*consolidation*) ou até mesmo a transferência de todos os processos individuais para uma única corte para processamento conjunto (*multidistrict litigation*).

Para as ações certificadas nesta categoria, o sistema de vinculação é diferente. Após ser certificada a *class action*, a Regra 23 (c)(2)(B) exige o envio de comunicação aos membros do grupo, incluindo avisos individualizados a todos os que puderem ser identificados com razoável esforço<sup>54</sup>. Esta exigência pode, por vezes, acarretar custos insuportáveis para o demandante de uma *class action*, especialmente quando estiverem em jogo interesses de milhares ou mesmo milhões de pessoas espalhadas por diversos estados. A Suprema Corte já enfrentou a questão no polêmico julgamento do caso *Eisen*, que envolvia a notificação de mais de dois milhões de pessoas. A corte distrital determinou a comunicação individual de dois mil membros selecionados, mais cinco mil notificações a outros membros escolhidos de forma aleatória, além da publicação de editais nos jornais de grande circulação. A Suprema Corte rejeitou a possibilidade, sob o fundamento de que as cortes não estão autorizadas a mitigar os requisitos previstos nas FRCP. Se o representante do grupo não puder arcar com os custos dessas notificações, então não deverá abrir mão de continuar na *class action*<sup>55</sup>.

As comunicações enviadas aos integrantes do grupo possuem dupla finalidade. A primeira delas é informar sobre a existência da *class action*. O segundo propósito é permitir o exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). Para as ações certificadas na seção (b)(3), ao contrário do que ocorre com as demais categorias previstas na Regra 23, é permitido aos membros da classe requererem sua exclusão da ação coletiva, observado o prazo fixado pelo juiz<sup>56</sup>. Se o membro da classe exerce o *opt-out* dentro do prazo, ele não estará sujeito aos efeitos da coisa julgada coletiva, pouco importando se a decisão for favorável ou não à classe. Caso contrário, na ausência de manifestação expressa do indivíduo, ele estará vinculado ao resultado da *class action*.

---

V., sobre o tema, GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...*, Op. Cit., p. 95/97 e GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 227/244.

<sup>54</sup> V. Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP: “(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort.”. Observe-se que o texto utiliza o vocábulo “must”, indicando obrigatoriedade da comunicação.

<sup>55</sup> V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974). O julgamento do caso *Eisen* é um dos mais polêmicos e questionados na doutrina norte-americana. V., por exemplo, os questionamentos em KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 440/441.

<sup>56</sup> Geralmente, o prazo fixado pelos tribunais americanos para o exercício do direito de exclusão varia de trinta a sessenta dias. Após esgotado esse prazo, o direito de *opt-out* poderá ainda ser admitido segundo critérios discricionários do juiz, que normalmente exige a apresentação de motivos razoáveis para relevar o fim do prazo ajustado. V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 156.

Após trinta anos praticamente sem modificações desde a reforma de 1966<sup>57</sup>, quando foram estabelecidos os requisitos de admissibilidade e categorias previstos nas alíneas (a) e (b), bem com a disciplina referente à notificação dos membros ausentes na subseção (c), a Regra 23 foi alterada em 1998. O acréscimo da alínea (f) possibilitou a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, ou seja, aquelas que garantam ou deneguem o prosseguimento do feito como uma ação coletiva, ficando a sua admissibilidade condicionada apenas ao juízo discricionário da Corte de Apelações, mas não mais a um prévio juízo discricionário da instância inferior, como normalmente se exige para os recursos contra decisões interlocutórias no direito americano.

Nova alteração da Regra 23 ocorreu em 2003, positivando algumas práticas já estabelecidas pela jurisprudência, especialmente com relação à aprovação judicial de acordos, à seleção formal do advogado que irá defender em juízo os interesses do grupo e à fixação de seus honorários. Em virtude disso, foram reestruturadas as alíneas (c) e (e), sendo acrescentadas mais duas novas subseções: (g) e (h). Apesar das significativas mudanças na redação da norma, não se verificou nesta oportunidade um grande impacto sobre as *class actions* na Justiça Federal, uma vez que se tratava, em larga medida, de simples consolidação de entendimentos jurisprudenciais.

Em dezembro de 2007, como resultado de uma ampla reestruturação redacional das FRCP, a Regra 23 também sofreu alterações, mas sem modificação de conteúdo normativo. Em relação à norma que estava em vigor desde o ano de 2003, algumas alterações estruturais são facilmente perceptíveis como, por exemplo, os quatro fatores de verificação da superioridade da tutela coletiva previstos na subseção (b)(3), que agora foram relacionados nos itens (A), (B), (C) e (D). De todo o modo, esta reforma promovida nas FRCP não teve por objetivo modificar o processo civil nos Estados Unidos, mas apenas facilitar a compreensão de suas normas.

Finalmente, em dezembro de 2009, foi aprovada pequena alteração na alínea (f) da Regra 23, aumentando de dez para quatorze dias o prazo para interposição imediata de recurso contra a decisão de certificação, seja na hipótese de admissão ou no caso de inadmissão do processamento coletivo da demanda.

### **3. As legislações estaduais sobre *class actions***

A proposta do presente estudo, como já exposto, consiste em apresentar uma análise um pouco mais detalhada das legislações estaduais, para que o próprio leitor possa constatar a influência do modelo federal sobre os estados norte-americanos, bem

---

<sup>57</sup> Na realidade, houve uma pequena alteração na alínea (c)(2) da Regra 23 no ano de 1987, com o objetivo de tornar neutra a redação do dispositivo em face do sexo masculino ou feminino. Substituíram-se as palavras “ele” e “dele” encontradas na redação de 1966 por “membro”. Além dessa substituição de palavras, não houve qualquer alteração no significado da norma.

como algumas soluções encontradas no âmbito das justiças locais. Uma das principais fontes utilizadas para o estudo das legislações estaduais foi uma pesquisa publicada pela *American Bar Association* (ABA) sobre a matéria, que contou com a colaboração de vários juristas e advogados de diferentes estados<sup>58</sup>. Segue, a partir de agora, uma breve descrição sobre os sistemas de tutela coletiva em cada um dos estados norte-americanos, organizados em ordem alfabética.

*Alabama:* a Regra 23 das *Alabama Rules of Civil Procedure* é essencialmente idêntica à Regra 23 das FRCP, antes das alterações de 1998 e 2003. No passado, junto com o estado da Louisiana, o Alabama foi considerado um paraíso para os demandantes em *class actions*. Isso talvez explique as recentes reformas processuais no estado, em um esforço para exercer maior controle sobre as ações coletivas. Em 1999, foi aprovada uma nova regra no *Alabama Code* admitindo a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias de certificação, em limites mais amplos que a Regra 23 (f) do modelo federal<sup>59</sup>. Existe regra expressa determinando que incumbe à parte interessada na certificação o ônus de comprovar que todos os requisitos de admissibilidade se encontram preenchidos. Exige-se, ainda, a realização de uma audiência específica, em que se deverá estabelecer um cronograma, estipulando as provas necessárias e o prazo concedido às partes antes que se decida pela certificação da ação. Dada a similitude entre os modelos federal e local, os precedentes da Justiça Federal sobre a matéria são considerados persuasivos no Alabama, mas não vinculantes<sup>60</sup>.

*Alasca:* a Regra 23 das *Alaska Rules of Civil Procedure* é basicamente idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. O estado do Alasca não adotou a sistemática que se encontra na Regra 23 (f) das FRCP, que permite a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias de certificação, a ser admitido pela Corte de Apelações de acordo com seus critérios discricionários. A representatividade adequada reconhecida em primeira instância é considerada questão de fato, que somente será revertida em segundo grau de jurisdição se houver erro manifesto<sup>61</sup>; além disso, apenas será considerado inadequado o representante caso seja demonstrada a prática de colusão, conflito de interesses ou incompetência<sup>62</sup>. Em linhas gerais, a jurisprudência local se revela compatível com as orientações das cortes federais.

*Arizona:* a Regra 23 das *Arizona Rules of Civil Procedure* também é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões proferidas na Justiça Federal são consideradas persuasivas para a interpretação da legislação estadual,

---

<sup>58</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Survey of State Class Action Law*. Chicago: First Chair, 2007, atualizada em 2009 e publicada em [www.abanet.org](http://www.abanet.org) (acessado em 3 de setembro de 2010).

<sup>59</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 2/3.

<sup>60</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 1.

<sup>61</sup> V. *State v. Alex*, 646 P.2d 203 (Alaska 1982).

<sup>62</sup> V. *Hertz v. Cleary*, 835 P.2d 438 (Alaska 1992).

muito embora não sejam vinculantes<sup>63</sup>. Embora não exista nenhuma regra expressa que admita recurso imediato contra decisões de certificação, elas podem ser impugnadas através da *death knell doctrine*, segundo a qual se admite recurso imediato, caso a ação inadmitida como coletiva não possa prosseguir individualmente por não ser viável do ponto de vista econômico, especialmente se a pretensão do autor for de valor muito reduzido. Embora a decisão seja tecnicamente interlocutória, na prática ela representará o fim da demanda<sup>64</sup>. Se o caso não se subsumir aos requisitos da *death knell doctrine*, não se poderá interpor recurso imediato<sup>65</sup>. Em termos de representatividade adequada, a Justiça local focaliza principalmente as qualidades desejáveis do advogado do grupo, mas não do representante<sup>66</sup>. O estado do Arizona aprovou recentemente uma lei em matéria de ações coletivas envolvendo valores mobiliários (*securities class actions*), inspirada no *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 (PSLRA), lei federal que se encontra codificada no título 15, seção 78u-4 e seguintes do USC.

*Arkansas*: foi aprovada no ano de 2006 uma alteração na Regra 23 das *Arkansas Rules of Civil Procedure* para incorporar no texto da legislação estadual as reformas aprovadas em 2003 na Regra 23 federal. Ainda existem, todavia, duas particularidades relevantes: a alínea (b) da Regra 23 estadual não estabelece as três categorias (b)(1), (2) e (3) conhecidas nas FRCP; ademais, não se reproduziram as subseções (f), (g) e (h) da regra federal. Nada obstante, na prática, as questões reguladas pelas três subseções não reproduzidas costumam ser tratadas da mesma forma que no modelo federal<sup>67</sup>. Um exemplo claro disso está na subseção (a) da Regra 23 local, que se refere também à adequação da representatividade do advogado, na medida em que não se inseriu uma alínea (g) nesse sentido, tal como ocorreu nas FRCP. A predominância e a superioridade da tutela coletiva são exigidas para todas as *class actions*, ao contrário do que se verifica no modelo federal, mas a notificação individualizada será obrigatória somente se a pretensão for de natureza pecuniária. Existe regra expressa dispondo que, a princípio, o representante é quem deve arcar com as despesas de notificação. Permitem-se recursos imediatos contra as decisões de certificação como um direito subjetivo da parte (*as a*

---

<sup>63</sup> V. *Johnson v. Svidergol*, 757 P.2d 609 (Ariz. Ct. App. 1988).

<sup>64</sup> V. KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 237/238. Na Justiça Federal, a *death knell doctrine* sofreu duro golpe após o julgamento do caso *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 US 463 (1978) pela Suprema Corte, em que se considerou que a tese estaria baseada em considerações políticas que somente poderiam ser disciplinadas pelo Congresso mediante lei expressa, bem como facilitaria injustamente que a parte interessada na certificação interpusse recurso imediato, não sendo possível aplicar a doutrina de forma inversa para a parte contrária. Apesar disso, a *death knell doctrine* é ainda hoje levada em consideração pelos tribunais de apelação federais como um dos critérios a favorecer a admissibilidade discricionária de recursos imediatos contra as decisões interlocutórias de certificação, na forma da Regra 23 (f) das FRCP.

<sup>65</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 21.

<sup>66</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 23.

<sup>67</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 30. V. também a seguinte passagem da decisão proferida pela Suprema Corte do Arkansas no caso *Fraleigh v. Williams Ford Tractor and Equipment Co.*, 339 Ark. 322 (Ark. 1999) (“... we will interpret Ark.R.Civ.P. 23 in the same manner the federal courts interpret the comparable Fed.R.Civ.P. 23.”).

*matter of right*), independentemente de admissão segundo critérios discricionários do tribunal, ao contrário do que dispõe a Regra 23 (f) das FRCP.

*Califórnia*: as regras estaduais sobre *class actions* estão previstas na seção 382 do *California Code of Civil Procedure*, aprovada em 1872, e também no *Consumer Legal Remedies Act* (CLRA), codificado nas seções 1750 e seguintes do *Civil Code*, onde se encontram relacionados vinte e três condutas proibidas, que formam a base para as demandas coletivas em matéria específica de proteção ao consumidor, estruturadas de forma semelhante ao modelo das FRCP<sup>68</sup>. Os requisitos previstos na seção 382 são os seguintes: a) uma classe determinável, ou seja, cuja definição se apresente de forma suficientemente precisa e objetiva para verificar se uma pessoa está inserida no grupo<sup>69</sup>; b) impraticabilidade do litisconsórcio, e; c) uma comunhão de interesses (*community of interest*). A jurisprudência local construiu o conceito de “comunhão de interesses” com base em três fatores fundamentais: predominância das questões comuns; tipicidade das pretensões dos representantes e adequação dos representantes para defender os interesses da classe<sup>70</sup>. Isto mostra que, mediante construção jurisprudencial, a Califórnia chegou a um modelo similar ao federal. Na prática, as cortes estaduais consultam as decisões na Justiça Federal para se orientar quanto aos critérios de certificação das ações coletivas<sup>71</sup>. Os juízes freqüentemente levam em conta o regime disciplinado nas FRCP para admitir ações coletivas sem a possibilidade de auto-exclusão, na forma da Regra 23 (b)(1) e (2) federal. No entanto, somente se recorre ao direito federal em caso de omissão de legislação estadual sobre a matéria<sup>72</sup>. De uma forma geral, as exigências para a notificação dos membros da classe são mais flexíveis que no sistema federal. Os juízes na Califórnia têm admitido de longa data a distribuição fluída da indenização em benefício indireto do grupo, quando não for praticável a distribuição individualizada, mediante a reversão dos recursos para instituições de caridade e governamentais ou, ainda, através da redução forçada dos preços praticados pelo réu (*cy pres doctrine*)<sup>73</sup>. Atualmente, a *cy pres doctrine*, ainda controvertida na Justiça Federal<sup>74</sup>, se encontra positivada na Califórnia na seção 384 do *California Code of Civil Procedure*. Cumpre ainda dizer que, quanto às ações coletivas em matéria de consumo previstas no CLRA, sua admissibilidade se apresenta mais flexível que as *class actions* de categoria (b)(3) do modelo federal, na medida em que a lei estadual não exige a superioridade da tutela coletiva, ao contrário do que está previsto na Regra 23 das FRCP.

---

<sup>68</sup> Além das duas leis apontadas no texto, existe na Califórnia uma outra lei conhecida como *Unfair Competition Law*, em que se admite que qualquer pessoa ingresse em juízo em benefício de todos para questionar práticas comerciais ilegais e propagandas enganosas em geral. Nesse tipo de demanda, que independe de certificação formal de uma classe, pode ser postulada a concessão de uma injunção ou de restituição de ganhos financeiros obtidos ilicitamente pelo réu. V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 43/46.

<sup>69</sup> V. *Daar v. Yellow Cab*, 67 Cal.2d 695 (1967).

<sup>70</sup> V. *Linder v. Thrifty Oil Co.*, 23 Cal.4<sup>th</sup> 429 (2000).

<sup>71</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 39.

<sup>72</sup> V. *Stephen v. Enterprise Rent-A-Car*, 235 Cal.App.3d 806 (1991).

<sup>73</sup> V., nesse sentido, *Califórnia v. Levi Strauss & Co.*, 41 Cal.3d 460 (1986)

<sup>74</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 41.

*Carolina do Norte*: a Regra 23 das *North Carolina Rules of Civil Procedure* se revela muito diferente do modelo federal. A regra estadual dispõe apenas que, quando uma classe de pessoas for tão numerosa a ponto de tornar impraticável o litisconsórcio, um ou mais de seus membros que representem adequadamente todo o grupo poderão demandar em benefício de todos. Na realidade, sua redação foi extraída da primeira parte da Regra 23 original das FRCP de 1938, não sendo reproduzidas, no entanto, as tradicionais categorias *true*, *hybrid* e *spurious class actions*. Os tribunais da Carolina do Norte reconhecem a profunda distinção entre a regra estadual e o modelo federal<sup>75</sup>. Apesar disso, a jurisprudência local promove, na prática, uma considerável aproximação entre os dois sistemas. Os juízes estaduais exigem, para admitir uma ação coletiva, que se verifique a existência de questões comuns de fato ou de direito, que se demonstre a impraticabilidade do litisconsórcio, que as pretensões do representante sejam típicas da classe e que ele proteja adequadamente os interesses do grupo. Impõem-se ainda a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva<sup>76</sup>. Apesar de não constar nenhuma norma nesse sentido na regra estadual, a jurisprudência exige a notificação individualizada de todos os membros ausentes que possam ser identificados com razoável esforço<sup>77</sup>. As despesas com a notificação devem ser distribuídas entre as partes segundo o juízo discricionário da corte<sup>78</sup>, divergindo, neste aspecto específico, da orientação dominante na Justiça Federal norte-americana.

*Carolina do Sul*: a Regra 23 das *South Carolina Rules of Civil Procedure*, muito embora inspirada no modelo federal, apresenta importantes peculiaridades. Em primeiro lugar, existe um quinto requisito geral de admissibilidade na regra estadual, segundo o qual qualquer *class action* de natureza predominantemente pecuniária somente será certificada se a pretensão de cada um dos membros da classe for superior a cem dólares. Presumiu-se, nos casos que não alcançassem esse limite mínimo, que o benefício da classe seria totalmente consumido pelas despesas processuais e ônus decorrentes da administração do processo coletivo. Outra particularidade relevante é a inexistência de categorias de ações coletivas na legislação estadual. Não existe previsão na norma a respeito dos requisitos de predominância e superioridade. Apesar das diferenças apontadas, as cortes estaduais se orientam freqüentemente pelas decisões oriundas da Justiça Federal<sup>79</sup>. Segundo a Suprema Corte local, a inexistência de previsão específica de categorias ou dos requisitos de predominância e superioridade resulta em uma norma estadual mais liberal do que o modelo federal<sup>80</sup>. A notificação dos membros ausentes e a forma pela qual ela será promovida, caso tal medida venha a ser determinada pelo juiz,

---

<sup>75</sup> V., por exemplo, *Dublin v. UCR, Inc.*, 444 S.E.2d 455 (N.C.Ct.App. 1994).

<sup>76</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 350/353.

<sup>77</sup> V. *English v. Holden Beach Rwalty Corp.*, 254 S.E.2d 223 (N.C.Ct.App. 1979).

<sup>78</sup> V. *Frost v. Mazda Motor of America, Inc.*, 540 S.E.2d 324 (N.C. 2000).

<sup>79</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 455.

<sup>80</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 455.

estão submetidos à ampla discricionariedade dos tribunais<sup>81</sup>. As decisões de certificação são consideradas irrecorríveis, salvo situações excepcionais.

*Colorado*: a Regra 23 das *Colorado Rules of Civil Procedure* é virtualmente idêntica à Regra 23 federal anterior à reforma de 2003. Decisões nas cortes federais são freqüentemente invocadas como orientação para a interpretação da legislação local, embora não sejam consideradas vinculantes. Durante muitos anos, a Justiça do Colorado considerou imediatamente recorríveis as decisões denegatórias de certificação<sup>82</sup>. Em 2003, a Regra 23 local foi modificada, sendo acrescentada uma alínea (f) para permitir a interposição de recurso imediato contra as decisões concessivas ou denegatórias de certificação, a ser admitido segundo critérios discricionários, de forma semelhante ao modelo federal. Embora geralmente os custos para a notificação dos membros ausentes devam ser arcados pelo autor, a Suprema Corte do Colorado já teve a oportunidade de determinar, em casos excepcionais, que tais despesas fossem suportadas pelo réu<sup>83</sup>. Há uma peculiaridade na legislação local: honorários advocatícios em *class actions* contra entidades públicas em geral estão limitados a US\$ 250.000<sup>84</sup>.

*Connecticut*: as ações coletivas se encontram disciplinadas nas seções 9-7 a 9-10 do *Connecticut Practice Book* (CPB) e seção 52-105 do *Connecticut General Statutes* (CGS). A seção 9-7 do CPB é idêntica à Regra 23 (a) federal, relacionando os mesmos requisitos de admissibilidade. A seção 9-8, que exigia a predominância e superioridade para todas as ações coletivas e que não contemplava categoria similar à Regra 23 (b)(1) e (b)(2) federal, foi emendada em 2010 para reproduzir a mesma redação da Regra 23 (b) das FRCP, com mínimas diferenças. Algumas modificações realizadas nas FRCP em 2003 foram incorporadas pela legislação local na reforma de 2010, dispensando-se, por exemplo, a aprovação judicial de acordos ou a desistência do representante nas ações coletivas ainda não certificadas, como já se fazia na sistemática federal. A legislação local se refere expressamente também à necessidade de representatividade adequada quanto ao advogado que defender os interesses da classe. Não existe, porém, nenhuma previsão semelhante à atual alínea (f) da Regra 23 federal, de modo que a possibilidade de interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, na ausência de legislação expressa, ainda aguarda o pronunciamento da Suprema Corte local.

*Dakota do Norte*: a Regra 23 das *North Dakota Rules of Civil Procedure* se revela muito mais específica e detalhada que a Regra 23 federal. Muitos dos critérios construídos na jurisprudência da Justiça Federal foram codificados nas regras de Dakota do Norte. Em linhas gerais, as cortes locais não conflitam com a orientação federal, apesar da evidente diferença estrutural na legislação<sup>85</sup>. As regras estaduais da Dakota do

---

<sup>81</sup> V. *Tilley v. Pacesetter, Corp.*, 585 S.Ed.2d 292 (S.C. 2003)

<sup>82</sup> V., por exemplo, *Levine v. Empire Sav. & Loan Ass'n*, 557 P.2d 386 (Colo. 1976)

<sup>83</sup> V. *Mountain States Tel. & Tel. Co. v. Dist. Court*, 778 P.2d 676 (Colo. 1989)

<sup>84</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 65.

<sup>85</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 355.

Norte estabelecem quatro requisitos gerais de admissibilidade: impraticabilidade do litisconsórcio, presença de questões comuns; representatividade adequada e capacidade de solução justa e eficiente da controvérsia através da demanda coletiva. Ao contrário do modelo federal, não foram previstas categorias de *class actions*. Nada obstante, a redação da Regra 23 (b)(1) e (2) das FRCP, bem como os requisitos da predominância e da superioridade foram inseridos entre os treze critérios exemplificativos que devem ser considerados na certificação. Os demais critérios dizem respeito à existência ou não de interesses comuns, às dificuldades de administração da ação, ao interesse dos membros da classe em controlar individualmente suas pretensões, à existência ou não de conflito de leis estaduais aplicáveis à controvérsia e à insuficiência das pretensões individuais para arcar com as despesas processuais e os ônus da *class action*<sup>86</sup>. A representatividade adequada, ainda segundo as regras de Dakota do Norte, deve ser aferida por pelo menos três aspectos: tutela vigorosa dos interesses da classe pelos advogados, ausência de conflito de interesses entre o representante e o restante do grupo e capacidade de os representantes suportarem as despesas processuais ou adquirirem recursos suficientes para tanto. Também em divergência com a sistemática federal, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação como direito subjetivo da parte, não segundo critérios discricionários dos tribunais. A notificação é exigível em todas as *class actions*. Para determinar de que forma ela será realizada, o juiz deve considerar: a) os interesses da coletividade; b) a espécie de tutela processual requerida; c) as despesas com a notificação, e; d) os possíveis prejuízos para os membros ausentes, caso não tomem conhecimento da ação coletiva. Se a pretensão pecuniária do membro ausente for superior a cem dólares, será obrigatória a sua notificação individualizada. O direito de auto-exclusão somente será permitido se a decisão de certificação considerar que não existe comunhão de interesses entre os integrantes do grupo, nem risco de decisões conflitantes, de modo similar à Regra 23 (b)(1) federal. Não se proíbe, porém, o direito de exclusão caso se verifique a hipótese que reproduz a Regra 23 (b)(2). A regra estadual delimita ainda os casos em que o réu poderá apresentar pedido contraposto (*counterclaim*) e apresenta critérios bastante detalhados quanto à *discovery* em relação aos membros ausentes (admitida apenas em caso de autorização judicial expressa), aprovação de acordos, distribuição dos fundos de indenização obtidos, arbitramento dos honorários advocatícios, interrupção de prazos de prescrição ou decadência dos direitos e interesses dos integrantes do grupo, entre outras matérias.

*Dakota do Sul*: a seção 15-6-23 das *South Dakota Codified Laws* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998, exceto pelo fato de que a regra estadual contém uma disposição específica, possivelmente familiar a um leitor brasileiro, proibindo a propositura de *class actions* contra o estado sobre determinadas matérias tributárias. A

---

<sup>86</sup> Houve já uma proposta de modificação da Regra 23 federal para que não se admitissem *class actions* em que os benefícios a serem revertidos para a coletividade fossem totalmente consumidos pelas despesas processuais e pelos ônus decorrentes da administração da demanda. A proposta, contudo, não foi bem recebida e acabou não sendo aprovada. V. KLONOFF, Robert H. *Class actions...* Op. Cit., p. 324/325.

jurisprudência local, de uma forma geral, se apresenta consistente com as orientações emanadas da Justiça Federal, não se encontrando maiores peculiaridades na legislação estadual ou na orientação dos tribunais da Dakota do Sul.

*Delaware*: o estado de Delaware ainda mantém órgãos judiciários distintos para a *common law* e a *equity law*. As regras na Corte Superior (*common law*) e na Corte de Chancelaria (*equity law*) locais são idênticas à Regra 23 federal anterior a 1998 e 2003, de modo que não se encontram previsões similares às alíneas (f), (g) e (h). Uma grande parte das ações coletivas neste estado é proposta em matérias envolvendo acionistas e investidores em geral. A Regra 23 da Corte de Chancelaria recebeu uma emenda em 2007, sendo adicionada uma subseção (aa) para proibir que os representantes da classe recebam qualquer forma de compensação direta ou indireta por ajuizarem a *class action*. A regra também positivou uma prática da Corte de Chancelaria local, permitindo que, em circunstâncias excepcionais, seja fixada uma gratificação em favor do representante do grupo pelo extraordinário serviço prestado à coletividade<sup>87</sup>.

*Distrito de Colúmbia*: a Regra 23 local é substancialmente idêntica ao modelo federal, com exceção da alínea (c), em que se permite atribuir ao réu as despesas com a notificação dos membros ausentes para prevenir situação de manifesta injustiça ou caso se verifique que o demandante tem forte probabilidade de prevalecer no mérito. Trata-se, portanto, de orientação em sentido diametralmente oposto ao modelo federal, em que não se admite a prévia análise do mérito para fins de distribuição das despesas de notificação<sup>88</sup>. A Regra 23 estadual permite a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, em moldes similares à norma federal. Não se reproduziram, contudo, as subseções (g) e (h). Na legislação local, existe ainda uma Regra 23-I, com disposições peculiares. Exige-se, em primeiro lugar, que a petição inicial obedeça a alguns requisitos específicos, tais como indicar o número (ainda que aproximado) de pessoas abrangidas na classe e as questões que se alega serem comuns ao grupo. Além disso, o autor tem um prazo específico de noventa dias, contados da petição inicial, para requerer a certificação. O requerimento deve conter um plano, indicando de que forma será feita a notificação, para quem ela será entregue e como as despesas serão pagas. Apresentado o requerimento, a parte adversa pode manifestar oposição à certificação da *class action* ou ao plano de notificação no prazo de dez dias.

*Flórida*: as *class actions* se encontram disciplinadas da Regra 1220 das *Florida Rules of Civil Procedure*. Estruturalmente semelhante à Regra 23 federal anterior às

---

<sup>87</sup> V., entre outros, *Raider v. Sunderland*, 2006 WL 75310 (Del.Ch. 2006) (relacionando quatro fatores a serem considerados para se possa atribuir tal recompensa: 1) se o caso demandou do representante muito mais tempo e conhecimentos técnicos do que se poderia esperar de um demandante típico; 2) se a classe como um todo recebeu benefícios extras em decorrência dos esforços do representante; 3) se o representante recebeu apenas uma pequena parte que lhe cabia do total dos recursos obtidos em favor do grupo; 4) se foi providenciada a notificação para os membros ausentes da classe).

<sup>88</sup> V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974).

reformas de 1998 e 2003, sua peculiaridade se encontra na alínea (c), que estabelece requisitos específicos para as ações coletivas: a petição inicial, além de conter títulos especiais, deve indicar em qual das categorias a demanda deve ser admitida; quais as questões comuns a todo o grupo; os fatos e circunstâncias indicativos da tipicidade das pretensões do representante e de sua adequação para representar os interesses da classe e o número aproximado de membros do grupo. A legislação estadual estabelece que as despesas de notificação geralmente devem ser suportadas pelo demandante, mas o juiz poderá discricionariamente atribuí-las ao demandado, caso tal providência se revele o meio mais apropriado para assegurar a comunicação efetiva da coletividade<sup>89</sup>. No que se refere à aprovação de acordos, a norma local não reproduz a regra federal que prevê a possibilidade de objeção por parte dos membros da classe. A possibilidade de recurso imediato contra as decisões de certificação é prevista pelas *Florida Rules of Appellate Procedure*, independentemente de juízo discricionário de admissibilidade.

*Georgia*: as *class actions* se encontram previstas na seção 9-11-23 do *Official Code of Georgia Annotated*, estruturalmente similar à Regra 23 federal anterior a 2003. A subseção (g) admite que seja interposto de recurso imediato contra as decisões de certificação, não submetido a juízos discricionários de admissibilidade, ao contrário do modelo federal. A alínea (f) é peculiar da legislação local e trata do procedimento de certificação, determinando que primeiro deve ser realizada uma conferência com as partes para definir quais provas serão produzidas para fins de certificação. Deve ficar ajustada nesta oportunidade a data para a audiência em que se decidirá a admissibilidade da *class action*, devendo a mesma se realizar entre 90 a 180 dias da data da conferência. A *discovery* com relação ao mérito fica suspensa até que seja proferida a decisão de certificação. Apesar dessa regra, ocasionalmente os tribunais da Geórgia examinam o mérito conjuntamente com os requisitos de admissibilidade da ação coletiva<sup>90</sup>.

*Havaí*: a Regra 23 das *Hawaii Rules of Civil Procedure* é idêntica à norma federal anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões de certificação somente são recorríveis na forma da legislação estadual comum sobre processo civil, que impõe juízos discricionários de admissibilidade para a interposição de recurso contra decisões interlocutórias. De acordo com a Suprema Corte do Havaí, os requisitos da tipicidade e representatividade adequada devem ser analisados em conjunto<sup>91</sup>, de forma semelhante ao que se encontra em alguns julgados da Justiça Federal americana. A jurisprudência local, de modo geral, se revela consistente com a sistemática federal.

*Idaho*: a Regra 23 das *Idaho Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior a 1998. A legislação local incorpora duas alíneas (f) e (g), que possuem praticamente a mesma redação das Regras 23.1 e 23.2 das FRCP, disciplinando as ações

---

<sup>89</sup> V. *Fla. Dept. of Agric. and Consumer Servs. v. Cox*, 947 So.2d 561 (Fla. 4<sup>th</sup> DCA 2006).

<sup>90</sup> V. *Carnett's, Inc. v. Hammond*, 610 S.E.2d 529 (Ga. 2005).

<sup>91</sup> V. *Life of Land v. Land of Use Comm'n*, 623 P.2d 431 (Haw. 1981).

derivativas e as demandas envolvendo entes despersonalizados, respectivamente. As cortes locais consideram relevantes os precedentes na Justiça Federal envolvendo a interpretação da Regra 23. Dessa forma, questões específicas, como a impossibilidade de exame prévio do mérito por ocasião da certificação da ação coletiva, foram decididas da mesma maneira nas cortes federais e na Justiça de Idaho<sup>92</sup>. A inexistência de um número substancial de precedentes jurisprudenciais nas cortes estaduais, apesar do total de *class actions* ajuizadas em Idaho não ser nada desprezível, pode ser explicada, entre outros fatores, pela influência notável exercida pelo modelo federal.

*Illinois*: as *class actions* se encontram previstas no capítulo 735, seções 2-801 a 2-807 do *Illinois Compiled Statutes*, inspiradas em linhas gerais na Regra 23 federal. Os requisitos de admissibilidade são basicamente os mesmos, mas não há previsão expressa referente à tipicidade. Apesar disso, o requisito da tipicidade não pode ser ignorado, pois ele se encontra implícito na *commonality* e na representatividade adequada. Uma outra diferença importante está na ausência de previsão análoga às subseções (b)(1) e (2) da Regra 23 das FRCP, muito embora a jurisprudência local eventualmente recorra à disciplina dessas categorias na regra federal por ocasião das decisões de certificação<sup>93</sup>. A predominância é exigida para todas as ações; por outro lado, a superioridade se impõe como um requisito geral de admissibilidade, mas de forma bem menos restritiva que na sistemática federal. Admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, sujeito a juízos discricionários de admissibilidade do tribunal de apelações. A notificação dirigida aos membros ausentes da classe poderá ou não ser realizada, conforme determinação do juiz, cujo juízo de discricionariedade está limitado apenas pela garantia do devido processo legal<sup>94</sup>. Em alguns casos envolvendo pretensões indenizatórias de valor reduzido, tem sido admitida a notificação somente através de publicações, sem a expedição de comunicações individualizadas<sup>95</sup>. O direito de exclusão é assegurado em todas as hipóteses, nos termos da seção 2-804 (b). Não há previsão de regras análogas às alíneas (g) e (h) da Regra 23 federal. Da mesma forma que na Califórnia, tem sido admitida em Illinois a distribuição fluida e a aplicação da *cy pres doctrine*, caso não seja possível reverter todos os recursos obtidos com a condenação do réu ou o acordo individualmente para os membros da classe<sup>96</sup>, tendo sido positivada tal prática através de emenda aprovada em 2008, que acrescentou uma nova seção 2-807, na qual o assunto se encontra detalhadamente disciplinado.

*Indiana*: a Regra 23 das *Indiana Rules of Trial Procedure* é similar à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Os precedentes estabelecidos na Justiça Federal são geralmente considerados persuasivos pela Justiça local. Uma peculiaridade da regra estadual está na Regra 23 (C)(1) local, que estabelece a obrigatoriedade de

---

<sup>92</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 138.

<sup>93</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 143.

<sup>94</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 150.

<sup>95</sup> V. *Avery v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 321 Ill.App.3d 269 (5<sup>th</sup> Dist. 2001).

<sup>96</sup> V. *Gordon v. Boden*, 224 Ill.App.3d 195 (1<sup>st</sup> Dist. 1991).

realização de uma audiência específica para decidir a admissibilidade da *class action*, salvo se as partes preferirem dispensá-la. As decisões de certificação somente podem ser revistas se o recurso for admitido de acordo com critérios discricionários do órgão judicial de segunda instância<sup>97</sup>.

*Iowa*: as *class actions* estão disciplinadas ao longo das Regras 1261 a 1277 das *Iowa Rules of Civil Procedure*. A legislação estadual sobre a matéria se revela muito mais extensa e detalhada do que a Regra 23 federal. Na realidade, suas normas são praticamente idênticas às do estado de Dakota do Norte. A estruturação dos requisitos gerais de admissibilidade, critérios de certificação, hipóteses e critérios de notificação e exercício do direito de exclusão, aprovação de acordos, realização da *discovery* contra representantes e membros ausentes, pedidos contrapostos, distribuição dos fundos de indenização, arbitramento de honorários, entre outras matérias, é basicamente a mesma nos dois estados. Por esta razão, remete-se o leitor aos comentários já apresentados com relação à legislação em vigor na Dakota do Norte.

*Kansas*: as *class actions* se encontram previstas na seção 60-223 das *Kansas Rules of Civil Procedure*, estruturalmente similar ao modelo federal anterior a 2003. As orientações da Suprema Corte do Kansas são compatíveis com a interpretação da Regra 23 na Justiça Federal. Os tribunais locais têm certificado com certa frequência *class actions* de âmbito nacional, fato este que provavelmente sofrerá impactos diretos decorrentes da aprovação do CAFA em 2005. De todo modo, já se destacou que, em demandas de âmbito interestadual ou nacional, os juízes devem realizar uma análise rigorosa dos requisitos de admissibilidade, arcando o representante do grupo com o ônus de demonstrar que as diversas leis aplicáveis são semelhantes ou podem ser administradas através, por exemplo, da criação de subclasses<sup>98</sup>. A distribuição fluída dos recursos financeiros obtidos em uma *class action* tem sido admitida<sup>99</sup>. A regra estadual possui uma subseção (f), admitindo, em moldes semelhantes à Regra 23 das FRCP, a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação.

*Kentucky*: a Regra 23 das *Kentucky Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior a 1998. Os tribunais locais levam em conta a jurisprudência formada na Justiça Federal para orientar suas decisões<sup>100</sup>. As decisões de certificação, pelo menos em princípio, são consideradas irrecorríveis. Um exame da jurisprudência local revela um dado curioso: não existem decisões recentes interpretando os requisitos da

---

<sup>97</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 161.

<sup>98</sup> V. *Dragon v. Vanguard Industries, Inc.*, 89 P.3d 908 (Kan. 2004). A propósito, é importante destacar que, no principal precedente sobre a matéria na Suprema Corte dos Estados Unidos, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797 (1985), foi reprovada a decisão proferida pela Justiça do Kansas, que havia aplicado a lei do foro para todos os integrantes de uma classe de âmbito nacional indistintamente, ainda que a grande maioria deles não tivesse nenhuma relação com o estado do Kansas.

<sup>99</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 189.

<sup>100</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 194.

tipicidade e representatividade adequada na legislação estadual<sup>101</sup>. Na realidade, o que se observa é um número muito reduzido de ações coletivas ajuizadas no estado de Kentucky que chegam a ser efetivamente julgadas.

*Louisiana*: as ações coletivas se encontram disciplinadas nos arts. 591 a 597 do *Louisiana Code of Civil Procedure*. Em linhas gerais, a regra estadual é similar ao modelo federal, mas existem normas específicas a serem destacadas. Em primeiro lugar, existe um requisito de admissibilidade adicional, segundo o qual a ação somente será certificada se a classe for definida objetivamente, de forma que se possa determinar quem são os integrantes do grupo e delimitar o alcance das decisões na *class action*. A regra estadual também insere mais outros dois critérios específicos para que se verifique a superioridade da tutela coletiva nas *class actions for damages*, quais sejam: se existe a possibilidade de os membros reclamarem suas pretensões sem a certificação de uma classe e se a tutela requerida em benefício da coletividade justifica as despesas e os ônus do litígio. Somente o segundo critério não está em conformidade com a orientação da jurisprudência dominante da Justiça Federal, que entende cabível a ação coletiva mesmo se os custos do processo absorverem os ganhos financeiros obtidos pelo grupo, sob o fundamento de que a *class action* destina-se também a desencorajar a continuidade da prática ilícita pelo réu (*deterrence*). A norma estadual também cria uma nova categoria de ações coletivas específica para fins de acordo, permitindo que se certifiquem mais facilmente as chamadas *settlement class actions*, sem que necessariamente estejam preenchidos os requisitos específicos de predominância e superioridade previstos para as demandas de categoria (b)(3). Trata-se, portanto, de mais uma importante divergência do modelo federal, sobretudo após o julgamento do caso *Amchem* pela Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>102</sup>. A regra estadual também estipula um prazo de noventa dias para ser requerida a certificação da classe, contados a partir da data de citação de todos os réus, podendo este prazo ser dilatado por requerimento das partes ou por justo motivo comprovado. A jurisprudência local, de uma forma geral, se mostra mais flexível quanto à possibilidade de decertificação da ação coletiva, convertendo-a em individual mesmo após a matéria já ter sido examinada em segunda instância<sup>103</sup>. Por outro lado, uma regra estadual específica proíbe a certificação coletiva após o julgamento de mérito contra o réu, revertendo prática antiga dos tribunais locais<sup>104</sup>. Uma outra norma local não permite *class actions* cujo julgamento dependa da produção de provas individualizadas para

---

<sup>101</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 195.

<sup>102</sup> V. *Amchem v. Windsor*, 521 US 591, 620 (1997), enfatizando que, com exceção da *manageability*, todos os demais requisitos devem estar preenchidos, mesmo em uma *settlement class action* (“Confronted with a request for settlement-only class certification, a district court need not inquire whether the case, if tried, would present intractable management problems, see Fed. Rule Civ. Proc. 23(b)(3)(D), for the proposal is that there be no trial. But other specifications of the Rule - those designed to protect absentees by blocking unwarranted or overbroad class definitions - demand undiluted, even heightened, attention in the settlement context.”)

<sup>103</sup> V. *Richardson v. American Cyanamid Company*, 757 So.2d 135 (La.App. 5<sup>th</sup> Cir. 2000).

<sup>104</sup> Nesta direção, certificando a *class action* após o julgamento de mérito, *Greater New Orleans Car Dealers Association v. Louisiana Tax Commission*, 663 So.2d 797 (La.Ct.App. 1995).

cada um dos integrantes do grupo. Existe ainda previsão legislativa da suspensão dos prazos prescricionais das pretensões individuais enquanto tramita a demanda coletiva<sup>105</sup>, existindo precedente jurisprudencial, porém, no sentido de que não se opera a suspensão de prazos prescricionais ajustados em contrato<sup>106</sup>. Na Louisiana, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação<sup>107</sup>. A distribuição fluída dos fundos de indenização (*cy pres doctrine*) quando é impraticável a sua reversão individualizada aos membros da classe ainda não está plenamente assentada na jurisprudência. Existe pelo menos um precedente admitindo tal prática, desde que a utilização dos fundos seja a mais próxima possível de sua finalidade inicial, ou seja, se a *class action* foi proposta por danos ambientais em uma área determinada, a distribuição deverá ser realizada em benefício das pessoas dessa mesma área<sup>108</sup>.

*Maine*: a Regra 23 das *Maine Rules of Civil Procedure* apresenta redação idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. A jurisprudência estadual, de modo geral, tem decidido em conformidade com as orientações federais. Na ausência de disciplina específica, as decisões de certificação somente poderão ser revistas caso configurada alguma das exceções consagradas pela jurisprudência ou na legislação local para a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias em geral, ainda assim sempre submetido a juízo discricionário de admissibilidade<sup>109</sup>.

*Maryland*: as *class actions* se encontram disciplinadas na Regra 2-231 das *Maryland Rules of Civil Procedure*, similar à Regra 23 federal anterior a 1998. Existem, porém, algumas disposições específicas. Na alínea (b), a regra estadual dispõe que uma *class action* poderá ser admitida, desde que presentes os requisitos de admissibilidade, a não ser que a justiça do caso requeira outra medida (*unless justice requires otherwise*). A cláusula destacada não se encontra prevista na regra federal. Dessa forma, ainda que preenchidos os requisitos gerais e subsumindo-se o caso a uma das categorias de *class actions*, o autor não está obrigado a litigar coletivamente, podendo prosseguir em sua demanda individual<sup>110</sup>. Na subseção (c), existe regra específica obrigando que se realize uma audiência para decidir a certificação da classe, se tal providência for requerida por qualquer uma das partes. Finalmente, há ainda uma alínea (g) dispondo que somente os representantes são considerados partes do processo para fins de realização da *discovery*, muito embora o juiz possa excepcionalmente permitir que se investiguem provas em relação aos demais integrantes do grupo. A Regra 23 federal não contém nenhuma disposição específica sobre a matéria. Revela-se muito difícil o exame da jurisprudência

---

<sup>105</sup> Devido à forte influência do modelo romano-germânico na Louisiana, o instituto consagrado na sua legislação é denominado *prescription* e não *statute of limitations*, ao contrário dos demais estados.

<sup>106</sup> V. *Katz v. Allstate Insurance Company*, 893 So.2d 1040 (La.App.4<sup>th</sup> Cir. 2005).

<sup>107</sup> V. *Davis v. Jazz Cassino Co.*, 869 So.2d 497 (La. 2003).

<sup>108</sup> V. *Cavalier v. Mobil Oil Corporation*, 898 So.2d 584 (La.App.4<sup>th</sup> Cir. 2005).

<sup>109</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 221.

<sup>110</sup> V. *Gilman v. Wheat, First Securities, Inc.*, 692 A.2d 454 (Md. 1997).

nesse estado, porque as decisões de primeira instância não são publicadas<sup>111</sup>. De todo o modo, pelas decisões das instâncias locais superiores, é possível concluir que as cortes estaduais tem orientação consistente com a jurisprudência da Justiça Federal.

*Massachusetts*: a Regra 23 das *Massachusetts Rules of Civil Procedure* apresenta importantes diferenças em relação ao modelo federal. Em primeiro lugar, não se reproduziram as categorias (b)(1) e (b)(2) da Regra 23 das FRCP, sendo permitida a certificação somente se ficar demonstrada a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva, transformadas no modelo estadual em requisitos gerais de admissibilidade. A regra local não contempla previsão expressa de notificação dos membros ausentes, nem o direito de auto-exclusão. Na prática, tal fato impossibilita a certificação de *class actions* de âmbito nacional pela justiça de Massachusetts envolvendo pretensões pecuniárias, porque a falta de notificação dos membros ausentes em tais hipóteses é considerada ofensiva ao devido processo legal nos demais estados e na Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>112</sup>. Uma outra peculiaridade muito importante é a ausência de previsão na legislação estadual do momento em que se deve proferir a decisão de certificação, permitindo inclusive que a matéria seja examinada apenas por ocasião da apreciação do mérito<sup>113</sup>. A inexistência de previsão legal da certificação parcial da ação como coletiva também não pode ser ignorada, porque a Suprema Corte local tem interpretado tal ausência como efetiva proibição<sup>114</sup>. Apesar disso, as instâncias interiores por vezes têm admitido certificar classes em parâmetros mais restritivos que os propostos pelo representante<sup>115</sup>. Existe ainda previsão legislativa específica de ações coletivas em defesa do consumidor, no capítulo 93A, seção 9(2) das *Massachusetts General Laws*. Verifica-se, contudo, certa divergência na jurisprudência local se as *class actions* baseadas nesta lei devem também observar os requisitos gerais da Regra 23 das *Massachusetts Rules of Civil Procedure*, especialmente no que tange aos requisitos de predominância e superioridade<sup>116</sup>. A regra específica em matéria de consumo exige a notificação dos membros ausentes, mas não assegura o direito de auto-exclusão, de maneira que também não podem ser certificadas ações coletivas de âmbito interestadual ou nacional com base nesta legislação que envolvam pretensões pecuniárias, sob pena de ser reconhecida a ocorrência de violação ao devido processo legal.

*Michigan*: as *class actions* se encontram previstas na Regra 3501 das *Michigan Court Rules*, que apresenta consideráveis diferenças em relação ao modelo federal. Não há previsão de categorias específicas de ações coletivas, sendo a predominância das questões comuns e a superioridade elevadas a requisitos gerais de admissibilidade. No entanto, a redação da Regra 23 (b)(1) federal foi reproduzida como um dos critérios de

---

<sup>111</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 226.

<sup>112</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 235.

<sup>113</sup> V., por exemplo, *Clery v. Commissioner of Public Welfare*, 485 N.E.2d 955 (Mass.App.Ct. 1985).

<sup>114</sup> V. *Fletcher v. Cape Cod Gas Co.*, 477 N.E.2d 116 (Mass. 1985).

<sup>115</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 234.

<sup>116</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 242.

avaliação da superioridade. Da mesma forma, embora não reproduzida a redação da alínea (b)(2) da regra federal, a formulação de pedidos de natureza declaratória ou mandamental favorece a avaliação da superioridade. A distinção é mais conceitual do que prática, não sendo incomum que as cortes estaduais se orientem pela jurisprudência federal<sup>117</sup>. Um dos critérios de avaliação da superioridade, entretanto, revela divergência do modelo federal, na medida em que desaconselha a certificação de uma *class action* se os benefícios a serem revertidos para a coletividade foram insuficientes em relação às despesas processuais e aos ônus decorrentes da administração do litígio. O representante tem noventa e um dias para requerer a certificação, podendo o prazo ser ampliado pelo juiz. O requerimento de certificação deve conter um plano de notificação dos membros ausentes ou uma justificativa para a impossibilidade de sua apresentação. Na ausência de categorias rígidas, a realização da notificação, individualizada ou não, fica sujeita à discricionariedade judicial, assim como o direito de auto-exclusão. Existem, outrossim, regras específicas nas alíneas (F), (G), (H) e (I) da norma estadual no que diz respeito à interrupção dos prazos prescricionais, à realização da *discovery* (limitando seu alcance, em regra, aos representantes da classe e a terceiros intervenientes; os demais integrantes do grupo somente serão submetidos à *discovery* com autorização judicial expressa), à formulação de pedidos contrapostos pelo réu (*counterclaim*) e às ações coletivas passivas (proibindo as *defendant class actions* de natureza pecuniária e permitindo que o representante de uma classe passiva se recuse a defender os interesses do grupo, salvo na hipótese de se tratar de um órgão ou autoridade pública ou quando a conveniência da administração da justiça no caso concreto determinar o contrário).

*Minnesota*: a Regra 23 das *Minnesota Rules of Civil Procedure* foi modificada no ano de 2006, de modo que a legislação local se apresenta idêntica à Regra 23 federal que vigorava após as alterações promovidas em 1998 e 2003. Os tribunais estaduais se orientam freqüentemente pela jurisprudência formada na Justiça Federal. Não se admite, porém, a formulação de pedidos indenizatórios nas *class actions* de categoria 23.02(b), que corresponde à alínea (b)(2) do modelo federal<sup>118</sup>. Como na Regra 23 das FRCP, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, sujeito a juízo discricionário de admissibilidade do órgão judicial de segunda instância.

*Mississippi*: o estado do Mississippi revela uma situação peculiar sobre o tema. A Regra 23 das *Mississippi Rules of Civil Procedure* está numerada, mas recebeu apenas a denominação “*CLASS ACTIONS [OMITTED]*”. A Suprema Corte local já afirmou que se omitiu de forma intencional a redação da Regra 23<sup>119</sup>, sob o fundamento de que as reformas sobre a matéria ainda não tornaram administráveis as demandas coletivas<sup>120</sup>. Embora as *class actions* fossem historicamente permitidas nas cortes de equidade, desde a unificação da *common law* e da *equity law* e a aprovação das *Mississippi Rules of Civil*

---

<sup>117</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 248.

<sup>118</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 267.

<sup>119</sup> V. *Marx v. Broom*, 632 So.2d 1315 (Miss. 1994)

<sup>120</sup> V. *American Bankers Ins. Co. of Florida v. Booth*, 830 So.2d 1205 (Miss. 2002).

*Procedure*, as ações coletivas não são mais admitidas naquele estado. Em um esforço para compensar a falta de mecanismos de tutela coletiva, os tribunais do Mississippi permitiam o litisconsórcio em termos bastante amplos, muito mais flexíveis do que os verificados na Justiça Federal, permitindo demandas envolvendo até mesmo centenas de autores ou réus simultaneamente. Nada obstante, tal prática sofreu um duro golpe com as recentes modificações nas *Mississippi Rules*, restringindo os limites de cabimento do litisconsórcio<sup>121</sup>. Na ausência de alternativas processuais, mais do que nunca a doutrina americana reclama pela aprovação de uma norma processual permitindo a propositura de ações coletivas no estado do Mississippi<sup>122</sup>.

*Missouri*: a redação da Regra 52.08 das *Missouri Supreme Court Rules* é virtualmente idêntica à Regra 23 federal anterior a 2003. Os tribunais locais recorrem freqüentemente aos precedentes federais para interpretar e aplicar a legislação local. Permite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, cuja admissibilidade está condicionada a juízo discricionário do órgão jurisdicional de segunda instância, nos termos da Regra 52.08 (f) local.

*Montana*: a Regra 23 das *Montana Rules of Civil Procedure* é similar à regra federal anterior às reformas promovidas em 1998 e 2003. Existe uma norma peculiar na alínea (f) da regra estadual, segundo a qual se pode condicionar o processamento da ação coletiva a uma espécie de caução a ser prestada pelo representante da coletividade, em princípio limitada a mil dólares, para cobrir as despesas com a *class action*. A legislação de Montana admite a interposição de recurso imediato contra decisões de certificação, condicionado a juízo discricionário de admissibilidade, como na maioria dos estados americanos. A particularidade aqui se encontra na ausência de uma corte intermediária de apelações: todos os recursos são dirigidos diretamente à Suprema Corte de Montana. Na prática, os juízes estaduais costumam se orientar pela jurisprudência da Justiça Federal, dada a similitude entre os dois modelos de tutela coletiva<sup>123</sup>.

*Nebraska*: as *class actions* neste estado se encontram disciplinadas na seção 25-319 dos *Revised Statutes of Nebraska*. A regra local não encontra paralelo no modelo federal, uma vez que este estado continua a basear sua legislação processual no Código Field, antigo conjunto de normas processuais adotado pelo estado de Nova Iorque no século XIX e que influenciou diversas legislações estaduais anteriormente à aprovação das FRCP em 1938. A regra estadual de Nebraska dispõe somente que, quando existir uma questão de interesse comum ou geral de várias pessoas e for impraticável o litisconsórcio, será permitido que uma ou mais dessas pessoas representem em juízo os interesses das demais. Isto é muito pouco para se ter um sistema bem estruturado de

---

<sup>121</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 275.

<sup>122</sup> Entre outros, v. KLONOFF, Robert H. The adoption of a class action rule: some issues for Mississippi to consider, *Mississippi College Law Review*, v. 24, 2005, p. 261.

<sup>123</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 293.

tutela coletiva. A Suprema Corte local construiu dois requisitos específicos a partir do conceito de interesses comuns previsto na regra estadual: a) relações jurídicas típicas de um litisconsórcio, devendo as questões comuns predominarem sobre as individuais; b) tipicidade e adequação do representante. Da mesma forma, a partir da exigência da impraticabilidade do litisconsórcio, também estabelecida na norma, foram formulados os seguintes requisitos: a) necessidade (ou seja, a certificação deverá ser necessária para ser admitida; se os membros integrantes do grupo puderem satisfazer suas pretensões individualmente, a *class action* não será certificada), e; b) a demanda coletiva deve ser administrável na prática, ou não será admitida<sup>124</sup>. As decisões de certificação são consideradas irrecorríveis pelos tribunais locais<sup>125</sup>. O exame da jurisprudência estadual revela que as ações coletivas estão pouco desenvolvidas em Nebraska, o que pode em parte ser creditado às deficiências na legislação sobre a matéria<sup>126</sup>. Há que se observar, todavia, que a Califórnia conta com regras semelhantes, também inspiradas no Código Field, e lá as *class actions* se encontram relativamente bem desenvolvidas, em virtude de sua posição de destaque econômico e político nos Estados Unidos.

*Nevada*: a Regra 23 das *Nevada Rules of Civil Procedure* é idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. A jurisprudência local costuma se orientar pelas decisões proferidas na Justiça Federal. Embora não existam precedentes relevantes em relação à certificação nas categorias (b)(1) e (b)(2) da regra estadual, um exame das decisões proferidas pela Suprema Corte do Nevada em relação às *class actions* de tipo (b)(3) revela que a jurisprudência das cortes estaduais, pelo menos em linhas gerais, é perfeitamente consistente com a sistemática federal.

*Nova Hampshire*: à primeira vista, a Regra 27-A das *Rules of the Superior Court of the State of New Hampshire* revela importantes diferenças em relação à Regra 23 federal. Em primeiro lugar, a regra estadual não contempla categorias de *class actions*. A superioridade e a predominância são exigidas para todas as ações coletivas. Existe ainda outro requisito de admissibilidade adicional, este perfeitamente compatível com a orientação federal, dispondo que o advogado também deve representar adequadamente os interesses do grupo. Por uma interpretação literal da norma estadual, a notificação e o direito de auto-exclusão seriam assegurados em todas as hipóteses. Contudo, a distinção entre os dois modelos se revela muito mais teórica do que propriamente prática, na medida em que a jurisprudência local se orienta pelos precedentes da Justiça Federal<sup>127</sup>.

*Nova Iorque*: o artigo 9 das *New York Civil Practice Law and Rules* apresenta diferenças estruturais em relação ao modelo federal. Não há previsão de categorias de *class actions*. Os requisitos da predominância e superioridade são exigidos para todas as

---

<sup>124</sup> V., sobre o desenvolvimento dos requisitos de admissibilidade das *class actions* no estado do Nebraska, AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 303/304.

<sup>125</sup> V. *Keef v. State of Nebraska, Dept. of Motor Vehicles*, 634 N.W.2d 751 (Neb. 2001).

<sup>126</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 303/304.

<sup>127</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 312.

hipóteses de demandas coletivas. A notificação também tem disposições peculiares. Em primeiro lugar, ela somente é obrigatória para ações em que a tutela predominante for de natureza pecuniária. Mesmo nesse caso, entretanto, a regra estadual não exige a notificação individualizada. Muito pelo contrário: para determinar a forma pela qual será realizada a notificação, deverão ser considerados os custos com a comunicação, a capacidade financeira das partes e o valor da pretensão individual dos integrantes do grupo. As despesas com tal providência, em regra, devem ser suportadas integralmente pelo representante da classe. Admite-se, entretanto, que o juiz atribua as despesas ao réu ou promova um rateio, com fundamento na justiça do caso concreto. O direito de exclusão pode ou não ser assegurado, segundo critérios discricionários. Finalmente, a regra estadual prevê que o demandante tem sessenta dias para requerer a certificação. Apesar das diferenças estruturais relevantes, não é incomum que os juízes locais se orientem pela jurisprudência federal, especialmente quanto aos requisitos gerais de admissibilidade<sup>128</sup>. Em princípio, não se admitem ações coletivas contra órgãos públicos, principalmente de natureza declaratória ou mandamental, porque se presume que as autoridades estatais irão respeitar a decisão e aplicá-la para todas as demais pessoas em situação idêntica, em virtude do princípio do precedente judicial vinculante (*stare decisis doctrine*)<sup>129</sup>. As decisões de certificação podem ser objeto de recurso imediato, independentemente de juízo discricionário de admissibilidade, uma vez que as normas processuais locais, mesmo fora do âmbito das ações coletivas, favorecem a reapreciação imediata das questões resolvidas nas decisões interlocutórias.

*Nova Jérsei*: as Regras 4:32-1 e 4:32-2 das *New Jersey Court Rules* são virtualmente idênticas ao modelo federal, já considerando as alterações promovidas em 2003 na Regra 23 das FRCP. Existem três diferenças dignas de nota na regra estadual. Primeiro, a inexistência de uma subseção comparável à Regra 23 (f) federal, porque as normas processuais de Nova Jérsei já permitiam a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, com juízo discricionário de admissibilidade pelo tribunal. A segunda distinção é mais importante, uma vez que permite, ao contrário do modelo federal, que os custos com a notificação dos membros ausentes sejam impostos a qualquer uma das partes, podendo ainda o juiz determinar o rateio das despesas entre todas elas. A terceira diferença é que não se exige a notificação individual, mesmo nas *class actions for damages*, podendo a mesma ser realizada através de publicações nos jornais ou de qualquer outra maneira, desde que respeitado o devido processo legal<sup>130</sup>. Apesar disso, mesmo nas categorias em que não se assegura o direito de auto-exclusão, os juízes locais recomendam a notificação individualizada, sempre que possível<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 339.

<sup>129</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 343.

<sup>130</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 321.

<sup>131</sup> V., por exemplo, *Gallano v. Running*, 33 A.2d 158 (N.J.Super. 1978).

*Novo México:* a Regra 1-023 das *New Mexico Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior à reforma de 2003. Da mesma maneira que na regra federal, admite-se recurso imediato contra decisões de certificação, submetido ao juízo discricionário de admissibilidade do tribunal de apelações. Como o estado aderiu à moderna sistemática federal somente no ano de 1995, a jurisprudência das instâncias superiores locais é ainda um pouco incipiente. De um modo geral, juízes e advogados locais ainda não têm muita experiência em lidar com demandas coletivas. As poucas decisões proferidas sobre o tema freqüentemente fazem referências à jurisprudência da Justiça Federal. Em precedente anterior à regra atual, a Suprema Corte no Novo México citou com aprovação o caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>132</sup>, no sentido de que, em uma *class action for damages*, é necessário que se promova a notificação individualizada de todos os membros ausentes que possam ser identificados com esforço razoável, ainda que as pretensões sejam de valor reduzido<sup>133</sup>. Ao que tudo indica, a orientação local da jurisprudência neste aspecto específico deve continuar a ser aplicada no Novo México mesmo após a reestruturação das normas estaduais, tendo em vista que se apresenta compatível com a jurisprudência dominante dos tribunais federais.

*Ohio:* a Regra 23 das *Ohio Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior às reformas de 1998 e 2003. As ações coletivas por responsabilidade civil em matéria de direitos do consumidor, no entanto, devem observar requisitos específicos previstos em uma lei local conhecida como *Consumer Sales Practice Act*<sup>134</sup>. Recentemente, a Suprema Corte de Ohio parece ter adotado uma postura mais restritiva, porque considerou que apenas pode ser admitida uma ação coletiva se a certificação for necessária para satisfazer a pretensão dos membros da classe, contrariando a orientação dominante na jurisprudência federal, que tem rejeitado esse requisito implícito de “necessidade” da tutela coletiva<sup>135</sup>. Outra condição imposta pela Suprema Corte de Ohio diz respeito à “coesão interna” da classe em demandas de tipo (B)(2)<sup>136</sup>, mais uma vez contrariando a sistemática federal, que não tem acolhido tal entendimento. A Suprema Corte local tem ainda recomendado que as instâncias inferiores fundamentem de forma consistente a análise de cada um dos requisitos gerais de admissibilidade nas decisões de certificação<sup>137</sup>. Ainda assim, tal como na grande maioria dos estados, os juízes locais têm se orientado em vários outros assuntos pelos precedentes proferidos no âmbito da Justiça Federal. Quanto à possibilidade de revisão das decisões de certificação, apesar da omissão na Regra 23 local, foi aprovada em 2005 uma norma no *Ohio Revised Code* permitindo a interposição imediata de recurso contra tais decisões, sem condicionar sua admissão a juízos discricionários do tribunal.

---

<sup>132</sup> V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974).

<sup>133</sup> V. *Eastham v. Public Employees Retirement Association Board*, 553 P.2d 679 (N.M. 1976).

<sup>134</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 374.

<sup>135</sup> V. *State ex rel. Davis v. Public Employment Retirement Board*, 855 N.E.2d 444 (Ohio 2006).

<sup>136</sup> V. *Wilson v. Brush Wellman, Inc.*, 817 N.E.2d 59 (Ohio 2004).

<sup>137</sup> V. *Hamilton v. Ohio Savings Bank*, 694 N.E.2d 442 (Ohio 1998).

*Oklahoma*: o título 12, seção 2023 do *Oklahoma Statutes* foi modificado no ano de 2009, de modo que, atualmente, a norma estadual apresenta grande similitude com a Regra 23 federal posterior à reforma de 2003. Embora seja exigida a notificação individual de todos os membros que possam ser identificados com razoável esforço nas *class actions* certificadas na categoria (B)(3), a regra local admite outras modalidades de notificação para os demais integrantes do grupo, tais como publicações em jornais ou divulgação nos meios de comunicação em massa, entre outras alternativas. Os membros que não receberem notificação individualizada poderão exercer o seu direito de auto-exclusão a qualquer momento antes da decisão de mérito. Os juízes estaduais costumam se orientar pela jurisprudência federal<sup>138</sup>. As normas processuais locais permitem que se interponha recurso imediato contra as decisões de certificação. Uma regra peculiar foi implementada na reforma de 2009, limitando a abrangência das *class actions* propostas em Oklahoma aos residentes neste estado ou aos não-residentes que tiverem vinculação com o território de Oklahoma, desde que esteja relacionada à matéria discutida na ação (propriedade de bens ou prática de conduta nos limites do território do estado). A ação coletiva somente poderá ter abrangência maior com a concordância do réu.

*Oregon*: as *class actions* se encontram disciplinadas na Regra 32 das *Oregon State Court Rules of Civil Procedure*, que apresenta importantes diferenças em relação ao modelo federal. Na realidade, a legislação estadual se revela muito mais restritiva do que a Regra 23 das FRCP. Historicamente, as cortes de Oregon têm sido consideradas hostis às *class actions*, mais até do que a própria Justiça Federal. Embora os precedentes federais sejam invocados ocasionalmente, a jurisprudência local tem buscado delimitar de forma rigorosa os aspectos similares e distintos entre os dois modelos de tutela coletiva. Somente onde eles forem considerados semelhantes é que serão invocadas as decisões da Justiça Federal<sup>139</sup>. Os primeiros quatro requisitos de admissibilidade são idênticos: impraticabilidade do litisconsórcio, existência de questões comuns, tipicidade e representatividade adequada. Para as *class actions for damages*, existe ainda mais um quinto requisito, exigindo que o representante notifique previamente o demandado, com trinta dias de antecedência, para que o mesmo corrija sua conduta ilícita, sob pena de ser ajuizada a demanda coletiva<sup>140</sup>. A regra estadual exige também que se demonstre a superioridade da tutela coletiva, levando-se em consideração diversas circunstâncias. Não existem na regra estadual, todavia, categorias rígidas de *class actions*, mas apenas fatores para se avaliar a superioridade da tutela coletiva. Entre os aspectos relacionados para este fim, encontram-se os mesmos quatro critérios da Regra 23 federal, além da predominância das questões comuns sobre as individuais; a presença de alguma das hipóteses fáticas correspondentes às categorias (b)(1) e (2) do modelo federal e um fator

---

<sup>138</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 391.

<sup>139</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 399.

<sup>140</sup> Segundo Laid Kirkpatrick, o objetivo da regra específica de Oregon seria permitir que o réu emendasse a sua conduta, evitando a publicidade negativa potencial de uma *class action*, que poderia comprometer a sua atividade econômica. V. KIRKPATRICK, Laid. Procedural reform in Oregon, *Oregon Law Review*, v. 56, 1977, p. 547.

contrário à orientação da Justiça Federal, segundo o qual as pretensões da coletividade são devem ser tão reduzidas a ponto de serem totalmente consumidas pelas despesas processuais e pelos ônus da administração do litígio. A notificação poderá ou não ser realizada, devendo o juiz observar seis critérios: a) a natureza da controvérsia e da tutela processual pleiteada; b) a extensão e natureza dos interesses de cada um dos integrantes da classe; c) o interesse da parte adversa em assegurar uma solução definitiva para a controvérsia; d) a impraticabilidade ou a ineficiência na propositura de ações separadas para a solução do conflito; e) as despesas para a notificação do grupo, e; f) o possível prejuízo para os membros que não forem notificados. Em princípio, as despesas com a notificação incumbem ao autor, mas podem ser excepcionalmente atribuídas ao réu. O direito de auto-exclusão pode ser assegurado ou não pelo juiz, dependendo dos mesmos fatores indicados para a realização da notificação. A norma estadual ainda prevê um procedimento peculiar de inclusão (*opt-in*), em que os membros ausentes devem intervir na ação coletiva antes da decisão de mérito, informando quais os danos individuais que sofreram para orientar o juiz na sua decisão. A condenação imposta ao réu a título de indenização dos integrantes da classe não poderá ultrapassar o montante global a ser atribuído a cada um dos membros do grupo que ingressaram antes da decisão de mérito para informar os danos que sofreram. Existe ainda outra restrição, segundo a qual a *class action for damages* será extinta se o réu identificar todos os integrantes do grupo e ressarcir-lhes voluntariamente os danos ocasionados, comprometendo-se ainda a cessar a conduta ilícita objeto da demanda. Acordos estão sujeitos à aprovação judicial mesmo antes da decisão de certificação. Finalmente, na ausência de uma norma específica, a possibilidade de interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação está disciplinada nas regras processuais comuns de Oregon, normalmente exigindo o duplo juízo discricionário de admissibilidade, em primeira e em segunda instâncias<sup>141</sup>.

*Pensilvânia*: as *class actions* se encontram disciplinadas nas Regras 1701 a 1716 das *Pennsylvania Rules of Civil Procedure*, que apresentam algumas diferenças estruturais se comparadas ao modelo federal. Os requisitos gerais de admissibilidade são basicamente os mesmos. Existem, além disso, algumas regras na legislação estadual sobre formalidades na petição inicial e na resposta. O representante tem um prazo de trinta dias, contados do encerramento da fase postulatória, para requerer a certificação da classe, podendo o prazo ser ampliado por justo motivo. Os critérios para a decisão de certificação revelam a distinção mais importante entre os modelos federal e estadual, pois não são previstas aqui categorias rígidas de *class actions*, ao contrário da Regra 23 federal. Quando a única pretensão deduzida for pecuniária, o juiz deve levar em consideração sete critérios: predominância ou não das questões comuns, a dimensão da classe e as dificuldades de administração do litígio, o risco de decisões conflitantes (onde se reproduziu a redação da Regra 23 (b)(1) federal), a extensão e natureza de qualquer outra demanda já iniciada envolvendo as mesmas questões, a conveniência em processar a ação em determinado foro, a insuficiência ou não das pretensões individuais

---

<sup>141</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 412/413.

para serem reclamadas em ações separadas e, contrariando a orientação federal, se os benefícios para o grupo seriam ou não absorvidos pelas despesas processuais e pelos ônus da administração do litígio. Caso, por outro lado, existam pedidos de natureza declaratória ou mandamental, devem ser levados em consideração os cinco primeiros critérios referentes aos pedidos pecuniários e, ainda, se a parte ré agiu ou não com fundamentos aplicáveis à classe como um todo, sendo reproduzida aqui a redação da subseção (b)(2) da Regra 23 federal. Se houver cumulação de pedidos de caráter indenizatório e declaratório/injuntivo, todos os critérios devem ser considerados. A regra estadual, no entanto, não exige em momento nenhum a superioridade da tutela coletiva<sup>142</sup>. A notificação é sempre obrigatória, mas será realizada na forma determinada pelo juiz, não necessariamente de modo individualizado. Ao contrário do modelo federal, o sistema de vinculação da Pensilvânia é flexível: em regra, o juiz deve fixar na decisão de certificação um prazo para o exercício do direito de auto-exclusão, que pode ou não ser assegurado. Em circunstâncias excepcionais, contudo, poderá determinar que se adote o sistema oposto, fixando uma data limite para que os membros ausentes manifestem expressamente o desejo de serem incluídos na demanda coletiva (*opt-in*). A sistemática recursal na Pensilvânia também é peculiar: uma decisão de certificação positiva da ação coletiva poderá ser revista em recurso imediato, condicionada a juízo discricionário de admissibilidade; por outro lado, uma decisão denegatória poderá ser objeto de recurso como direito subjetivo da parte interessada (*as a matter of right*), independentemente de juízo discricionário para sua admissão.

*Porto Rico*: embora não seja propriamente um Estado-membro inserido na federação americana, trata-se de um Estado Livre Associado que adota, em linhas gerais, a sistemática processual estadunidense. As *class actions* se encontram previstas na Regra 20 das *Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico*. Porto Rico é um notável exemplo da grande influência exercida pelo modelo federal. Os principais documentos oficiais em Porto Rico, bem como as decisões judiciais, estão redigidos em espanhol, não em inglês. Isto não impediu, porém, que Porto Rico seguisse a sistemática federal. A regra local nada mais é do que uma tradução para o espanhol da Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões judiciais da Justiça Federal, mesmo em inglês, são freqüentemente citadas nas decisões da Justiça local. Alguns julgados são realmente interessantes, porque alternam citações em espanhol e inglês a todo instante, conforme o precedente jurisprudencial ou a doutrina citada seja de Porto Rico ou dos Estados Unidos<sup>143</sup>. Em linhas gerais, a jurisprudência se apresenta compatível com a orientação das cortes federais americanas. Na ausência de disposição específica, os recursos contra as decisões de certificação devem ser interpostos conforme as regras gerais de processo civil, que impõem juízos discricionários de admissibilidade.

---

<sup>142</sup> V. *Weinberg v. Sun Company, Inc.*, 740 A.2d 1152 (Pa.Super. 1999).

<sup>143</sup> V., por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal Supremo de Porto Rico em *Guzmán Matías v. Vaquería Tres Monjitas, Inc.*, 169 D.P.R. \_\_ (P.R. 2006), redigida na língua espanhola, com nada menos que quatro citações a diferentes obras doutrinárias norte-americanas, todas em inglês, além dos inúmeros precedentes jurisprudenciais federais, também em inglês.

*Rhode Island*: a Regra 23 contida nas *Rhode Island Superior Court Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior às reformas de 1998 e 2003. De forma geral, as decisões dos tribunais estaduais levam em consideração os precedentes federais e são consistentes com as orientações emanadas da Justiça Federal. Na ausência de norma análoga à alínea (f) inserida na Regra 23 das FRCP, a revisão imediata das decisões de certificação segue as mesmas regras e restrições processuais estabelecidas para as decisões interlocutórias em geral.

*Tennessee*: as *class actions* se encontram reguladas na Regra 23 das *Tennessee Rules of Civil Procedure*, substancialmente semelhante à Regra 23 federal anterior a 1998. Existem, porém, algumas normas específicas na legislação local. Não se permite, por exemplo, que a certificação seja decidida em audiência, sem que tenha sido concedida a oportunidade para que todos os representantes da classe e todos os réus estejam nela presentes. De forma geral, dada a inegável similitude entre os dois modelos de tutela coletiva, os juízes de Tennessee costumam se orientar pelos precedentes federais<sup>144</sup>. Na ausência de regras específicas, as decisões de certificação podem ser revistas na forma das normas processuais comuns atualmente em vigor no estado, que dispensam o juízo discricionário de admissibilidade da instância inferior para qualquer recurso contra decisão interlocutória, sem prejuízo do exame de admissibilidade pelo tribunal, em moldes semelhantes, na prática, ao regime da Regra 23 (f) federal. Em 2009, foi acrescentada a Regra 23.08, que positiva a distribuição fluída da indenização (*cy pres doctrine*), norma esta sem paralelo no modelo federal.

*Texas*: a Regra 42 das *Texas Rules of Civil Procedure* é semelhante ao modelo das FRCP nos seus aspectos mais fundamentais, de maneira que a jurisprudência local considera persuasivos os precedentes federais, embora não vinculantes. Em 2004, houve uma revisão na regra estadual que incorporou em linhas gerais as modificações inseridas em 2003 na Regra 23 das FRCP. A Suprema Corte do Texas tem orientado os juízes estaduais a analisarem de forma rigorosa os requisitos de admissibilidade das *class actions*<sup>145</sup>. Com as recentes reformas na legislação local, exige-se que a decisão de certificação positiva ou denegatória de uma ação coletiva de categoria (b)(3) indique todos os elementos das pretensões e defesas deduzidas, as questões comuns e individuais, as questões que provavelmente demandarão maiores esforços para serem decididas, outros métodos disponíveis para a solução da controvérsia, os motivos pelos quais se verificou ou não a predominância das questões comuns, os fundamentos pelos quais se constatou ou não a superioridade da tutela coletiva e, se a demanda for certificada, como as questões individuais serão resolvidas de forma razoável e eficiente.

---

<sup>144</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 474.

<sup>145</sup> V. *Ford Motor Co. v. Sheldon*, 22 S.W.3d 444 (Tex. 2000). Veja-se, ainda, o caso *Stobaugh v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 105 S.W.3d 301 (Tex.App. – Houston 14<sup>th</sup> Dist. 2003) (decisão de um tribunal de apelação local, segundo a qual a Justiça do Texas seria muito mais rigorosa que a de outros estados americanos na análise dos requisitos de admissibilidade das ações coletivas).

As categorias são as mesmas do modelo federal, mas a Suprema Corte do Texas tem imposto severas restrições às chamadas *injunctive class actions*, especialmente se não for assegurado o direito de auto-exclusão, exigindo a demonstração de uma coesão interna mínima das pretensões individuais envolvidas<sup>146</sup>. De um modo geral, a Suprema Corte também tem revelado ceticismo em admitir *class actions for damages*<sup>147</sup>. A regra estadual já incorporou dispositivos similares à Regra 23 (g) federal, no que diz respeito aos critérios de indicação do advogado da classe. Existem regras disciplinando a fixação dos honorários do advogado que são similares, em linhas gerais, à Regra 23 (h) das FRCP. No entanto, uma norma específica disciplina o arbitramento dos honorários, caso os benefícios da coletividade sejam revertidos em cupons ou outros benefícios não-pecuniários. Neste caso, os honorários deverão ser fixados em montante pecuniário e não-pecuniário na mesma proporção que forem recebidos pelos membros do grupo, tratando-se de norma mais restritiva até mesmo do que as vigentes na Justiça Federal após a aprovação do *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005. Outra particularidade do modelo estadual está em uma regra expressa, esclarecendo que os membros ausentes não são considerados partes do processo para fins de realização da *discovery*. Decisões de certificação são recorríveis de forma imediata para a Corte de Apelações local, com possibilidade ainda de novo recurso para a Suprema Corte estadual. Isso significa que as decisões de certificação no Texas estão sujeitas à dupla revisão. Finalmente, existe um precedente em que se permitiu a distribuição fluída da indenização (*cy pres doctrine*), mas o tribunal manteve a decisão de primeira instância pelo simples fundamento de que não havia nenhuma proibição nas regras estaduais, nem precedentes contrários<sup>148</sup>. Logo, não teria havido abuso de discricionariedade pelo juiz em admitir tal prática. Na falta de norma expressa e de discussões mais aprofundadas sobre o tema, ainda não está claro se a jurisprudência local irá permitir a *cy pres doctrine* em casos futuros.

*Utah*: a Regra 23 das *Utah Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998. Devido à grande similitude entre os dois modelos, os precedentes da Justiça Federal são considerados persuasivos pela Justiça de Utah. A jurisprudência local sobre a matéria se apresenta consistente com as orientações dos juízes federais, não se vislumbrando maiores discrepâncias ou peculiaridades em relação ao regime das *class actions* disciplinado nas FRCP.

*Vermont*: a Regra 23 das *Vermont Rules of Civil Procedure* é idêntica à regra federal anterior à reforma de 2003. Isso quer dizer que a norma estadual não apresenta as subseções (g) e (h) inseridas na norma federal, que dizem respeito aos critérios de escolha do advogado do grupo e à fixação de honorários advocatícios. A regra estadual reproduziu a alínea (f) da Regra 23 das FRCP, permitindo a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, cuja apreciação estará submetida apenas a

---

<sup>146</sup> V. *Compaq Computer Corp. v. Lapray*, 135 S.W.3d 657 (Tex. 2004).

<sup>147</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 486.

<sup>148</sup> V. *Northrup v. Southwestern Bell Telephone Co.*, 72 S.W.3d 16 (Tex.App. – Corpus Christi 2002).

juízo discricionário de admissibilidade do tribunal, mas não da instância inferior. De modo geral, as decisões da Justiça de Vermont sobre *class actions* são compatíveis com as orientações da Justiça Federal a respeito da matéria.

*Virgínia*: assim como em Mississippi, as *class actions* não encontram previsão legal no estado da Virgínia. Para pretensões tradicionalmente fundadas na *equity law*, normalmente de natureza declaratória ou mandamental, a jurisprudência local permite discricionariamente que os autores representem em juízo outros indivíduos em situação semelhante<sup>149</sup>. No entanto, para os pleitos fundados historicamente na *common law*, geralmente de caráter indenizatório, não se admitem ações de natureza coletiva. Uma alternativa que os juízes locais têm se utilizado encontra-se em uma lei designada de *Multi Claimant Litigation Act* (MCLA), codificada nas seções 8.01-267.1 e seguintes do *Virginia Code*. Esta lei permite que processos individuais envolvendo questões comuns de fato ou de direito predominantes, com no mínimo seis demandantes ao todo, sejam reunidos para promover a justa e eficiente administração processual, respeitado o devido processo legal e o direito a um julgamento justo e imparcial<sup>150</sup>.

*Virgínia Ocidental*: a Regra 23 das *West Virginia Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Até a aprovação da nova Regra 23 local em 1998, a Virgínia Ocidental ainda estava confinada às superadas categorias das *true*, *hybrid* e *spurious class actions*, que já não mais estão previstas no modelo federal desde 1966. A alteração na regra estadual marca o abandono do modelo anterior, que não mais deve ser considerado para fins de certificação de ações coletivas, como já decidiu a Suprema Corte estadual<sup>151</sup>. A jurisprudência local, entretanto, ainda não se encontra plenamente consolidada em termos de interpretação da nova legislação estadual, muito embora a tendência pareça ser de progressiva compatibilização com a orientação das cortes federais sobre o tema.

*Washington*: a Regra 23 das *Washington Superior Court Rules* é praticamente idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998. Considera-se, por este motivo, que os precedentes federais sobre a matéria são relevantes para a interpretação da regra local. Observa-se tendência recente nas cortes locais em realizar uma análise rigorosa de todos os requisitos de admissibilidade, seguindo a orientação da Justiça Federal<sup>152</sup>. Em janeiro de 2006, foi aprovada uma reforma acrescentando uma alínea (f) à regra estadual, que positiva a aplicação da *cy pres doctrine*, norma esta sem paralelo no modelo federal. Esta norma disciplina de que maneira deverão ser revertidos eventuais resíduos, após a satisfação das pretensões de todos os membros da classe que puderem ser identificados, das despesas processuais, dos honorários e quaisquer outros pagamentos determinados

---

<sup>149</sup> V., por exemplo, *Johnson v. Black*, 49 S.E. 633 (Va. 1905) (admitida ação coletiva postulando a concessão de tutela mandamental referente à cobrança ilegal de tributos)

<sup>150</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 516.

<sup>151</sup> V. *Rezulin Litigation v. Hutchinson*, 585 S.E.2d 52 (W.Va. 2003).

<sup>152</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 519/520.

pelo juiz. Segundo a norma estadual, 25% dos resíduos serão destinados a um órgão estadual que promove o acesso à justiça para indivíduos hipossuficientes. O restante poderá ser revertido a este mesmo órgão ou a qualquer outra entidade com objetivos relacionados direta ou indiretamente ao processo coletivo de onde vieram os recursos. Isto não quer dizer, todavia, que um fundo comum de indenização tenha sempre que proporcionar resíduos a serem revertidos ao órgão estadual<sup>153</sup>. Trata-se apenas de uma regra para disciplinar a destinação de valores remanescentes, caso existentes.

*Wisconsin*: as *class actions* se encontram disciplinadas em uma única norma, na seção 803.08 dos *Wisconsin Statutes*. A regra se apresenta bastante diferenciada do modelo federal. Sua redação se encontra de certa forma inspirada na antiga *Equity Rule* federal de 1912, mas com uma importante peculiaridade: a norma estadual, em sua literalidade, admite demandas de natureza representativa quando existir um interesse comum ou geral de muitas pessoas *ou* se a formação do litisconsórcio for impraticável. Em outras palavras: exige-se somente a existência de interesses comuns *ou*, de forma disjuntiva, a numerosidade das partes. A redação literal, no entanto, foi desconsiderada pela jurisprudência da Suprema Corte de Wisconsin, que entende serem necessários três requisitos para certificar uma ação coletiva: a) impraticabilidade do litisconsórcio; b) representatividade adequada; c) existência de questões comuns<sup>154</sup>. Todos os requisitos devem estar preenchidos simultaneamente. Além disso, a orientação da Suprema Corte local é que sejam avaliadas também as dificuldades de administração do litígio que provavelmente serão enfrentadas em caso de certificação<sup>155</sup>. Ainda não há, entretanto, uma orientação clara na jurisprudência local sobre a aplicabilidade, em Wisconsin, das categorias previstas na Regra 23 federal para determinar se haverá ou não a notificação dos membros ausentes. Também não se tem notícia de qualquer precedente da Suprema Corte de Wisconsin enfrentando de forma mais incisiva determinadas matérias, como a aprovação de acordos, a fixação dos honorários advocatícios, a análise da superioridade da tutela coletiva, a possibilidade de revisão das decisões de certificação, entre outras questões importantes para a disciplina das ações coletivas.

*Wyoming*: a Regra 23 das *Wyoming Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Normalmente, os juízes estaduais consideram persuasivos os precedentes proferidos na Justiça Federal sobre a matéria. Curiosamente, não se tem notícia de um único caso sequer discutindo de forma explícita a interpretação da regra estadual sobre *class actions* na Suprema Corte local<sup>156</sup>. Existe uma norma específica que prevê a competência exclusiva das *circuit courts* locais para processar causas de até sete mil dólares, salvo determinadas matérias. Demandas acima desse valor devem ser submetidas às *district courts*. A regra é importante no contexto

---

<sup>153</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 528.

<sup>154</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 538.

<sup>155</sup> V. *Cruz v. All Saints Healthcare Sys., Inc.*, 625 N.W.2d 344 (Wis. 2001).

<sup>156</sup> V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 544.

das ações coletivas porque, em pelo menos um precedente, a Suprema Corte sugeriu (embora não decidindo expressamente) que não seriam admissíveis *class actions* nas *circuit courts* locais<sup>157</sup>. Seguindo os precedentes da Suprema Corte federal em *Snyder e Zahn*<sup>158</sup>, decidiu a Suprema Corte local neste mesmo caso que as pretensões individuais não poderiam ser agregadas para satisfazer o limite mínimo de competência das *district courts*. Isso significa que, em Wyoming, não é possível ajuizar demandas coletivas com pretensões individuais inferiores a sete mil dólares, o que representa uma forte restrição aos processos coletivos instaurados com o objetivo de promover acesso à justiça para os titulares de direitos e interesses de valor econômico reduzido.

#### 4. Algumas conclusões extraídas do presente estudo

Após se ter realizado um estudo panorâmico das diversas legislações estaduais sobre *class actions* no direito americano, podem ser extraídas algumas conclusões.

A primeira delas, obviamente, é a forte influência do modelo federal sobre os estados, empiricamente demonstrada. Mesmo naqueles estados em que o texto legal se apresenta diferenciado do modelo federal em aspectos estruturais, como na Califórnia, Carolina do Norte, Nebraska, Nova Hampshire e Wisconsin, observa-se nítida tendência de aproximação com a sistemática das FRCP através de construções jurisprudenciais. Em praticamente todos os estados, atribui-se maior ou menor relevância aos precedentes da Justiça Federal. Recentes reformas, por outro lado, têm aproximado ainda mais as legislações estaduais do modelo federal, como se observou, por exemplo, nas alterações promovidas no ano de 2010 em Connecticut. Desse modo, além de cerca de dois terços dos estados adotarem, em linhas gerais, o modelo federal de tutela coletiva, a maioria dos que não possuem regras similares, na prática, acaba se aproximando bastante da sistemática regulada nas FRCP mediante interpretação empreendida pelos tribunais locais. Esta conclusão justifica que se continue a examinar as *class actions*, nas obras doutrinárias sobre o tema, com base no modelo federal norte-americano.

Uma outra conclusão a que se chega através do estudo dos modelos estaduais de tutela coletiva é que a matéria sofre rápidas transformações, a ponto de tornar ultrapassadas algumas das tradicionais classificações da doutrina americana. Como já se discutiu no início do presente artigo, segundo Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, em conhecida obra publicada no ano de 2005, as legislações estaduais poderiam ser divididas em quatro grandes grupos: a) os estados que seguiam o modelo federal atual; b) aqueles que ainda adotavam as classificações *true*, *hybrid* e *spurious class actions* da Regra 23 das FRCP de 1938; c) os que seguiram as orientações de uma antiga lei do estado de Nova Iorque conhecida como Código Field, baseadas na noção

---

<sup>157</sup> V. *Mutual of Omaha, Ins. v. Blury-Losolla*, 952 P.2d 1117 (Wyo. 1998).

<sup>158</sup> V. *Snyder v. Harris*, 394 US 332, 89 S.Ct. 1053, 22 L.Ed.2d 319 (1969) e *Zahn v. International Paper Co.*, 414 US 291, 94 S.Ct. 505, 38 L.Ed.2d 511 (1973).

de comunhão de interesses, e; d) os que revisaram suas legislações à luz da experiência acumulada ao longo das últimas décadas<sup>159</sup>. O estudo apresentado acima revela, no entanto, que já não existe mais praticamente nenhum estado que ainda se oriente pela redação original da Regra 23. Quase todos os estados apontados pelos autores como ainda filiados ao antigo modelo (Michigan, Geórgia e Virgínia Ocidental) já reformaram suas legislações, aderindo à sistemática atual do modelo federal de ações coletivas. Até mesmo a Carolina do Norte, que ainda preserva uma legislação inspirada em parte na Regra 23 original, tem se aproximado consideravelmente do modelo federal através de construções jurisprudenciais.

O estudo das legislações estaduais reforça também a noção de sobreposição entre os requisitos de admissibilidade e categorias de *class actions*. Na maioria das vezes, a ausência de um requisito é forte indicativo da inexistência dos demais. Em um número considerável de estados, não existe previsão de categorias rígidas de ações coletivas. Muitas vezes, a redação da norma federal referente às subseções (b)(1), (2) e (3) é reproduzida pela legislação local como critérios para a aferição da predominância ou da superioridade da tutela coletiva. De forma geral, parece estar assentada a ideia de que os requisitos básicos de uma *class action* são a impraticabilidade do litisconsórcio, a existência de questões comuns, a tipicidade e a representatividade adequada. As categorias previstas na Regra 23 das FRCP, contudo, não são uniformemente adotadas. Da mesma forma, a predominância e superioridade, em alguns estados, é estabelecida para todas as ações coletivas e não somente para as chamadas *class actions for damages*, tal como previsto no modelo federal.

As divergências encontradas em certas legislações estaduais em termos de categorias de ações coletivas estão relacionadas a uma outra questão importante, que é a notificação dos membros ausentes e o direito de auto-exclusão. Alguns estados não seguiram a orientação federal, como é o caso da Carolina do Sul, Connecticut e Dakota do Norte. Isto reforça a hipótese de que a Regra 23 das FRCP disciplinou a matéria de forma um pouco arbitrária<sup>160</sup>. Em determinadas ocasiões, é possível que a comunicação e o direito de auto-exclusão sejam mais importantes em uma *class action* de categoria (b)(2), em que podem estar em jogo direitos fundamentais relevantíssimos, do que numa demanda de tipo (b)(3), tipicamente indenizatória, especialmente se o valor econômico da pretensão de cada um dos integrantes da classe for ínfimo. Isso talvez explique a razão de a legislação em Dakota do Norte e em Iowa dispensar a notificação individual, ainda que a pretensão seja de natureza indenizatória, quando o valor for inferior a cem dólares. Por outro lado, simplesmente extinguir todas as categorias de ações coletivas e deixar que a notificação seja realizada conforme a decisão discricionária do juiz pode

---

<sup>159</sup> V. FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.* Op. Cit., p. 774/776.

<sup>160</sup> V., entre outros, criticando a diferenciação contida na Regra 23 federal, HOMBURGUER, Adolf. State class actions and the Federal Rule, *Columbia Law Review*, v. 71, 1961, p. 637/647 e FISCH, William B. Notice, costs, and the effect of judgment in Missouri's new common-question class action, *Missouri Law Review*, v. 38, 1973, p. 216.

abrir espaços para a arbitrariedade. Em alguns estados onde não existem tipos rígidos de *class actions*, a jurisprudência local se orienta pelas categorias federais para decidir se será ou não assegurado o direito de comunicação e auto-exclusão. A melhor solução, portanto, não parece estar na simples extinção das categorias atualmente existentes, já disciplinadas nas FRCP há mais de quarenta anos.

Algumas legislações estaduais apresentam alternativas muito interessantes. Em Iowa e Dakota do Norte, por sinal as regras estaduais mais extensas e detalhadas sobre o assunto, a notificação será realizada na forma determinada pelo juiz, que deverá levar em consideração alguns fatores, tais como os interesses da coletividade, a espécie de tutela processual requerida, as despesas com a notificação e os possíveis prejuízos para os membros ausentes. Procedimentos especiais de inclusão (*opt-in*), tais como previstos nas regras da Pensilvânia, embora não sejam recomendáveis na maioria dos casos por reduzir a abrangência do grupo e não promover o acesso à justiça para quem não tiver informações suficientes para fazer valer os seus interesses, também podem ser úteis em hipóteses específicas, sobretudo quando os membros da classe possuírem pretensões de considerável valor econômico e estiverem bem informados de seus direitos.

O exame das legislações estaduais também relativiza um mito comum nos Estados Unidos, segundo o qual as Justiças Estaduais seriam muito mais favoráveis aos representantes da classe do que as cortes federais. A crença se encontra tão difundida que, de certa maneira, foi uma das justificativas apresentadas pelo Congresso para a aprovação do CAFA em 2005, que concentrou as ações coletivas de âmbito nacional e interestadual na Justiça Federal. Alguns dados mostram que, de fato, algumas cortes distritais têm atuado com clara propensão em favorecer a coletividade, sendo conhecido o caso da corte de Madison County, em Illinois<sup>161</sup>. Existe certo exagero, entretanto, em culpar indiscriminadamente todos os juízes estaduais pelos abusos verificados. A jurisprudência em alguns estados tem se revelado mais restritiva que a própria Justiça Federal, sendo sintomáticos os exemplos do Texas e Oregon.

Uma tendência observada tem sido a aprovação de reformas para compatibilizar as regras locais às recentes alterações de 1998 e 2003 na Regra 23 das FRCP. Ainda não se sabe se este movimento trará maior uniformidade, por exemplo, à sistemática recursal das decisões de certificação. De todo o modo, o impacto das últimas reformas no modelo federal foi relativamente pequeno, visto que muitas das novas disposições apenas consagram práticas jurisprudenciais já consolidadas, em sua maioria, em grande parte dos estados americanos. Em termos de reformas processuais, o que ainda não se pode aferir é o impacto das inovações introduzidas pelo CAFA. Ainda não se sabe, com

---

<sup>161</sup> V. BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Class action magnet courts: the allure intensifies, *Civil Justice Report*, n. 5, July 2002, disponibilizado em [www.manhattan-institute.org/pdf/cjr\\_05.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_05.pdf) (acessado em 11 de agosto de 2007).

efeito, se as disposições do CAFA referentes à aprovação de acordos e ao arbitramento de honorários advocatícios serão reproduzidas nas legislações estaduais.



## INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCEDIMENTO CRIMINAL

*Aylton Cardoso Vasconcellos*

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.

Desde a edição da Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008, que introduziu a mais importante reforma no processo penal brasileiro a partir da publicação do Código de Processo Penal, em 1941, é possível afirmar que nenhuma questão tem suscitado mais acalorado debate em sede jurisprudencial do que aquela relativa à ordem de inquirição de testemunhas e as conseqüências processuais advindas de eventual inobservância da ordem legal.

Isso ocorre em razão da atual dicção adotada no parágrafo único, do artigo 212 do Código de Processo Penal, que tem levado parte considerável da doutrina e jurisprudência a afirmar que o Juiz somente poderia formular perguntas às testemunhas após o encerramento da inquirição promovida pelas partes, i.e., Ministério Público e defesa técnica.

É que, a nova redação do *caput* desse dispositivo legal estabelece que “(...) *as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)*” e o parágrafo único diz “(...) *Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (...)*”.

Exatamente essa regra, acerca da complementação da inquirição pelo Juiz, constitui o ponto central das discussões, pois que na determinação do seu alcance e efeitos tem sido alcançados resultados divergentes, mormente se considerada a interpretação literal sem o concurso de outras formas de compreensão da norma.

Em suma, a reforma processual teria invertido a ordem de inquirição, a fim de preservar a imparcialidade do Juiz, ou nada teria se modificado, a não ser a possibilidade de as partes formularem diretamente suas perguntas às testemunhas?

Representativo da primeira hipótese é o entendimento sustentado em julgamento realizado em 19 de maio de 2009, pela C. Quinta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, Relator o eminente Ministro Jorge Mussi, nos autos do Habeas

Corpus nº. 121.216-DF, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) *HABEAS CORPUS* . NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo* , caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP. (...)”

Em seu voto, o eminente Ministro Jorge Mussi afirma que o dispositivo legal em foco teria introduzido em nosso ordenamento jurídico o sistema adversarial anglo-americano, no qual se dá primeiro a chamada “direct examination”, i.e., a inquirição pela parte que arrolou a testemunha, seguida da “cross examination”, momento em que a testemunha é inquirida pela parte contrária, tudo de forma direta, sem que as perguntas sejam requeridas ao Juiz.

Defende, ainda, que a inversão da ordem de inquirição das testemunhas induz a declaração de nulidade da sentença condenatória, uma vez que, tendo sido condenado o réu em sentença proferida com base na prova colhida sem a observância do devido processo legal, resta evidente o prejuízo à sua defesa, mostrando-se irrelevante a

classificação da nulidade como absoluta ou relativa.

No âmbito do E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, essa linha de pensamento foi acolhida em precedentes da C. Quinta Câmara Criminal e C. Sétima Câmara Criminal, conforme v. Acórdãos proferidos nos autos do Habeas Corpus nº. 0046284-52.2009.8.19.0000, Relator o eminente Desembargador Geraldo Prado, julgamento realizado em 11/02/2010, e nos autos da Apelação nº. 0080493-44.2009.8.19.0001, Relatora a eminente Desembargadora Márcia Perrini Bodart, julgamento realizado em 09/03/2010.

Todavia, em sentido diametralmente oposto, se posiciona a C. Sexta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, como se verifica no v. Acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº. 151357-RJ, julgamento realizado em 21/10/2010, Relator o eminente Ministro Og Fernandes, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. (…)

(…) Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. (…)”

Em seu voto, com fundamento na interpretação sistemática, e amplo suporte doutrinário, o eminente Ministro Og Fernandes defende que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal não afastou a possibilidade de o Juiz iniciar a inquirição de testemunhas, ressalvando, apenas, que no novo sistema as perguntas passaram a ser formuladas diretamente pelas partes, que não se sujeitam mais à intermediação pelo Juiz.

No âmbito do E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, essa outra linha de pensamento foi acolhida em precedentes da C. Primeira Câmara Criminal, C. Segunda Câmara Criminal, C. Terceira Câmara Criminal, C. Quarta Câmara Criminal, C. Sexta Câmara Criminal, C. Sétima Câmara Criminal e C. Oitava Câmara

Criminal, conforme v. Acórdãos proferidos nos autos da Apelação nº. 0004516-39.2009.8.19.0068, julgamento realizado em 07/06/2010, Relator o eminente Desembargador Marcus Basílio; Apelação nº. 0012317-26.2008.8.19.0202, julgamento realizado em 11/05/2010, Relatora a eminente Desembargadora Kátia Jangutta; Apelação nº. 0008156-56.2009.8.19.0066, julgamento realizado em 13/07/2010, Relator o eminente Desembargador João Carlos Guimarães; Apelação nº. 0235710-80.2009.8.19.0001, julgamento realizado em 24/08/2010, Relatora a eminente Desembargadora Nilza Bitar; Correição Parcial nº. 0167261-41.2007.8.19.0001, julgamento realizado em 10/03/2009, Relator o eminente Desembargador Antonio Jayme Boente; Apelação nº. 0086508-29.2009.8.19.0001, julgamento realizado em 15/12/2009, Relator o eminente Desembargador Siro Darlan de Oliveira; e Apelação nº. 0048745-19.2008.8.19.0004, julgamento realizado em 10/12/2009, Relatora a eminente Desembargadora Denise Rolins Lourenço.

É importante frisar que a C. Primeira Turma do E. **Supremo Tribunal Federal**, já enfrentou a controvérsia ora examinada, em julgamento realizado em 03/08/2010, por unanimidade, nos autos do Habeas Corpus nº. 103.525, Relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, sustentando que a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas deve ser argüida em alegações finais, por constituir nulidade relativa, devendo ser demonstrada, pela parte que suscita o vício, a ocorrência de prejuízo concreto, conforme ementa a seguir transcrita, na íntegra, *verbis*:

“(…) EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.
2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.
3. Ordem denegada. (...)”

O atento exame dos precedentes acima citados revela o atual panorama

jurisprudencial, em que se constata, inicialmente, uma divisão na orientação adotada nos arestos oriundos do E. **Superior Tribunal de Justiça** acerca do tema em foco; a consolidação da jurisprudência majoritária no E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** no sentido de não constituir nulidade a inquirição de testemunhas, em primeiro lugar, pelo Juiz; e o equilibrado posicionamento do E. **Supremo Tribunal Federal**, o qual admite a existência de nulidade na hipótese, entretanto, nulidade relativa, e condiciona o seu reconhecimento à demonstração de prejuízo concreto para a parte que suscita o vício.

Com relação a este último posicionamento, merece registro que, após o julgamento realizado pelo **Supremo Tribunal Federal**, ocorreu a evolução do entendimento anteriormente adotado pela C. Quinta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, a qual passou a considerar meramente hipótese de nulidade relativa a inversão da ordem de formulação de perguntas na audiência de instrução e julgamento, conforme se depreende do exame do v. Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº. 163.428-DF, julgamento realizado em 21/06/2011, Relator o eminente Ministro Jorge Mussi, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte, *verbis*:

“(...) 4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão. (...)”.

Como se vê, superada a divisão inicial nos entendimentos sustentados em decisões do **Superior Tribunal de Justiça**, a jurisprudência predominante, no âmbito dos tribunais superiores, passou a adotar, na hipótese, a teoria do prejuízo, segundo a qual, no magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“(...) A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples

possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. (...)”<sup>1</sup>

Essa orientação também vem sendo adotada em recentes decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e.g., *Habeas Corpus* nº. 0008996-023.2011.8.19.0000, julgamento realizado em 12/04/2011, pela C. Terceira Câmara Criminal, Relatora a eminente Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, e *Habeas Corpus* nº. 0004939-38.2011.8.19.0000, julgamento realizado em 29/03/2011, pela C. Segunda Câmara Criminal, Relator o eminente Desembargador Murta Ribeiro.

Contudo, apesar das cultas lições que se extraem dos arestos já proferidos pelos Tribunais, a determinação do melhor entendimento acerca desse tema parece carecer, ainda, de debate mais aprofundado, no qual deve ser examinada a evolução das normas processuais penais e sua interpretação sistemática, a fim de assegurar o necessário embasamento científico à conclusão sobre o alcance e efeitos da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal.

A primeira observação que se impõe, nesse sentido, é que o Código de Processo Penal, vigente desde 1941, jamais estabeleceu qualquer previsão expressa acerca da ordem de inquirição de testemunhas, exceto no que se refere ao procedimento do júri.

Com efeito, em sua redação original, o artigo 212 do Código de Processo Penal estabelecia, tão-somente, que “(...) *As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O Juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. (...)*”.

Essa disposição legal tinha por escopo instituir o sistema presidencialista, como se verifica da leitura da **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, publicada em 13/10/1941:

“(...) O sistema de inquirição de testemunhas é o chamado presidencial, isto é, ao juiz que preside à formação da culpa cabe privativamente fazer perguntas diretas à testemunha. As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, a cuja censura ficarão sujeitas. (...)”

Em suma, na concepção do legislador processual penal, o sistema presidencialista se caracterizava essencialmente pelo fato de as partes submeterem suas perguntas ao Juiz, e não necessariamente pela ordem em que os sujeitos processuais

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

procedem à inquirição, inclusive silenciando a esse respeito.

Tanto é assim que, segundo a lição do saudoso Professor **José Frederico Marques**,<sup>2</sup> era necessário recorrer às regras previstas no Código de Processo Civil para a correta integração das normas relativas à ordem em que as perguntas eram formuladas e sua transcrição, caso indeferidas pelo Juiz.

Ora, a interpretação extensiva e aplicação analógica da lei processual penal sempre foi admitida pelo artigo 3º., do Código de Processo Penal, de modo que o início da inquirição de testemunhas pelo Juiz era decorrência natural da interpretação das normas contidas no artigo 246 do Código de Processo Civil de 1939, do artigo 416 do Código de Processo Civil de 1973, e também dos artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal (relativos ao procedimento do júri), então vigentes.

Atente-se que a ordem de inquirição de testemunhas no procedimento do júri prevista na redação original do Código de Processo Penal foi preservada na reforma introduzida pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, a qual modificou a redação do artigo 473 do Código de Processo Penal, que passou a apresentar o seguinte teor:

“(…) Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz-presidente, O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§1º., Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. (...)”

A leitura do novo texto legal leva a concluir que a única modificação efetiva introduzida pela legislação de reforma no procedimento do júri, neste particular, consiste na previsão expressa de inquirição direta das testemunhas pelas partes, conservando, entretanto, a ordem de inquirição anteriormente prevista, que se inicia com as perguntas do Juiz.

Se mesmo no procedimento do júri, em que a apreciação da prova é feita pelos jurados, o legislador decidiu determinar que a inquirição de testemunhas continue a ter início com as perguntas do Juiz, seria razoável admitir que nos demais procedimentos, em que o Juiz é o destinatário da prova, essa prerrogativa lhe seja negada?

---

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2003. V. II. P.407.

Evidente que a resposta a essa indagação será sempre negativa, pois se o legislador tivesse a intenção de transformar o Juiz em mero expectador da atividade probatória das partes, o primeiro procedimento que deveria sofrer essa mutação seria exatamente aquele em que o Juiz não é o destinatário da prova, mas os jurados.

Na realidade, a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal está em sintonia com a nova redação do artigo 473 do mesmo Código, no qual se vislumbra apenas a adoção da inquirição direta das testemunhas pelas partes, entretanto, sem modificação da ordem de formulação das perguntas.

Nem mesmo o teor do parágrafo único, do artigo 212 do Código de Processo Penal poderia induzir a conclusão diversa.

Isso porque no anterior sistema presidencialista, como as partes requeriam suas perguntas ao Juiz e este as formulava à testemunha, nessa operação o magistrado naturalmente complementava os pontos que necessitavam de esclarecimento e já os incluía na perguntas formuladas à testemunha, sendo desnecessário complementar a inquirição à qual ele mesmo procedeu, ainda que se tratassem de perguntas requeridas pelas partes.

Por outro lado, no novo sistema, em que se dá a inquirição direta, as partes estão livres para enfatizar pontos que interessam mais à acusação e defesa e omitir aspectos que não aproveitem à sua tese, razão pela qual o Juiz, destinatário da prova, freqüentemente terá a necessidade de esclarecer pontos abordados de forma incompleta pelas partes, ao término da inquirição direta, o que é uma decorrência natural do novo método de inquirição direta pelas partes.

Todavia, isso não significa, de modo algum, que o Juiz não tenha a obrigação de inquirir a testemunha em primeiro lugar.

Em suma, o parágrafo único, do artigo 212, do Código de Processo Penal, tem por escopo apenas regulamentar o funcionamento da inquirição direta e não inovar a ordem em que os sujeitos processuais formulam suas perguntas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Nesse sentido se posiciona abalizada doutrina, conforme se verifica em NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480: “(...) a lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas (...) Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que “as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha”, agora se diz que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)”. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela

Antes da reforma processual, as disposições constantes do procedimento do júri eram aplicadas analogicamente para regular a ordem de inquirição de testemunhas nos demais procedimentos criminais.

E, após a reforma processual, instituída pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, continua a ser assim, mesmo porque, no único dispositivo em que o legislador de reforma regulamentou a ordem de inquirição de testemunhas (artigo 473 do Código de Processo Penal), o fez de forma bem clara, mantendo a ordem anteriormente em vigor.

Além disso, observa-se que no procedimento do júri o legislador de reforma adotou disciplina uniforme quanto à ordem de inquirição, em relação à perguntas formuladas pelo Juiz ao ofendido, testemunhas e ao próprio acusado.

Paralelamente, o artigo 188 e o *caput* do artigo 201, ambos do Código de Processo Penal, não foram modificados pela legislação de reforma, mantendo-se a ordem de inquirição relativa ao ofendido e ao acusado, nos demais procedimentos criminais, i.e., com as perguntas sendo formuladas pelo Juiz, em primeiro lugar, e apenas posteriormente pelas partes.

Na verdade, não haveria sentido em se modificar a ordem de inquirição, nos demais procedimentos criminais, apenas no tocante às testemunhas, proibindo-se o Juiz de começar a inquirição, porém mantendo a disciplina anterior no tocante ao ofendido e ao acusado - em que é incontroverso que em todos os procedimentos criminais as primeiras perguntas a estes devem ser formuladas pelo Juiz - e como se não bastasse essa incongruência, ainda estabelecer que, apenas no único procedimento em que a prova não se destina ao Juiz (procedimento do júri), neste sim o magistrado começaria a inquirição.

Por se tratar de elemento fundamental do procedimento de instrução relativo à produção de prova oral, a uniformidade da ordem de inquirição é inerente a um sistema processual que pretenda conservar sua coerência lógica.

Quisesse o legislador inovar a ordem de inquirição, o faria em relação a oitiva de todos os envolvidos na ação penal, sejam os ofendidos, os réus ou as testemunhas, em todos os procedimentos.

---

intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente. Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver. (...)”

Isso, entretanto, não ocorre.

Há ainda outros elementos a serem ponderados, no sentido da manutenção da ordem de inquirição adotada desde a publicação do Código de Processo Penal.

É que, a ordem de formulação de perguntas, principalmente no tocante à inquirição das testemunhas de acusação, guarda estreita ligação com a formação e o desenvolvimento do processo penal.

Como se sabe, o Ministério Público formula a denúncia e, antes de ouvir o réu, o Juiz exerce o juízo de admissibilidade da acusação, e somente se receber a denúncia é que ordena a citação do réu para responder à acusação (artigo 396 do Código de Processo Penal).

Da mesma forma, não apenas no tocante à peça inicial, mas também no que se refere às provas em geral, o Juiz deve exercer juízo de admissibilidade quanto à sua licitude e idoneidade, antes de autorizar a utilização de tais elementos de convicção em detrimento do réu, no curso de um processo criminal.

No tocante à prova testemunhal em particular, as providências básicas pertinentes à apreciação relativa à sua admissibilidade e idoneidade estão previstas no artigo 203 do Código de Processo Penal, o qual determina:

“(…) A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com quaisquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade. (...)”

Ao exigir da testemunha declarações obrigatórias, no início de seu depoimento, o legislador, de forma implícita, impõe ao Juiz que formule as perguntas necessárias à sua obtenção, a fim de assegurar a regularidade do procedimento.

Dentre as perguntas obrigatórias, se inclui indagar à testemunha acerca de seu conhecimento sobre os fatos, solicitar que declare o que souber e as circunstâncias pelas quais se possa avaliar sua credibilidade, ou seja, as perguntas básicas e usuais em qualquer depoimento de testemunha em processo criminal.

É possível concluir, portanto, que não somente o Juiz tem o dever de iniciar

a inquirição, mas também existem perguntas obrigatórias, que o magistrado deve formular, sob pena de nulidade da prova, eis que, em um sistema de processo penal destinado a assegurar as liberdades fundamentais do indivíduo, não é possível delegar tão-somente à atividade das partes a função de aferir a credibilidade das testemunhas.

Outrossim, às vezes ocorre de a questão submetida a julgamento carecer de complexidade probatória e sua elucidação acabar mesmo se esgotando no relato inicial da testemunha sem muitos esclarecimentos, de forma que não raro o Ministério Público e a Defesa técnica se abstêm de formular perguntas, louvando-se naquelas feitas pelo Juiz.

Noutros casos, embora de maior complexidade, são ouvidas muitas testemunhas sobre os mesmos fatos, sendo formuladas a todas elas idênticas perguntas pelas partes e pelo Juiz, a fim de aferir a credibilidade das mesmas e a exatidão dos seus relatos, e então nos depoimentos seguintes o magistrado, a fim de garantir a celeridade da oitiva e com a concordância das partes, desde logo formula as perguntas que já se sabe serão feitas pela acusação e defesa, até porque formuladas nos depoimentos anteriores.

Tanto na primeira quanto nesta última hipótese, não é possível atribuir ao juiz a pecha de “inquisidor”, visto que este apenas exerce atividade fundamental para a legitimidade do processo, e no último caso tem em vista o cumprimento de regra constitucional expressa,<sup>4</sup> bem como atua todo o tempo sob o crivo do contraditório, visto que às partes é permitido impugnar, na assentada, qualquer ato processual praticado na audiência que entendam prejudicar seus direitos processuais ou materiais.<sup>5</sup>

Ademais, caso o Juiz somente formule suas perguntas após a inquirição levada a efeito pelas partes, estará presente o risco de prejuízo à defesa do acusado, pois que, na inquirição das testemunhas de acusação, é essencial que à defesa seja garantida a prerrogativa de perguntar por último, após o pleno conhecimento da prova produzida em seu detrimento, não somente por iniciativa da acusação, mas também em razão das indagações que tenham sido formuladas pelo juiz, no início da inquirição.

Negar à defesa essa prerrogativa significaria introduzir perigoso elemento de desequilíbrio na situação jurídica das partes no processo.

---

<sup>4</sup> O inciso LXXVIII, do artigo 5º., da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>5</sup> Com relação à importância de se aferir o conteúdo das perguntas formuladas pelo Juiz, independente das questões relativas à ordem de inquirição, merece destaque o v. Acórdão proferido pelo **Superior Tribunal de Justiça**, nos autos do *Habeas Corpus* nº. 166.527-SP, julgamento realizado em 19/05/2011, Relator o eminente Ministro Gilson Dipp.

Há que se ponderar que o inciso LV, do artigo 5º., da Constituição assegura ao réu ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o que certamente não será observado se o juiz iniciar suas perguntas por último, com o risco de surpreender a Defesa com fatos novos que possam prejudicar a prova já produzida por sua iniciativa.

Com relação a esse aspecto, merece destaque o v. Acórdão proferido pela 8ª. Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação nº. 0000715-69.2009.8.19.0051, Relator o eminente Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, julgamento realizado em 24/03/2010, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) Nenhuma dúvida pode pairar sobre possível ausência do efetivo exercício da defesa técnica e da ampla defesa quando aquela é a última a inquirir a testemunha. Há até mais prejuízo no modelo em que o magistrado por último indaga, complementando a inquirição, pois dali pode ser colhida informação até então não havida e em prejuízo da defesa. Afinal, repita-se, o magistrado não é mero expectador e está em busca da verdade ou então teremos um arremedo de justiça. (...)”

Nesse sentido, a interpretação do parágrafo único, do artigo 212, do Código de Processo Penal deve ser feita de forma compatível com a Constituição, o que não ocorrerá se a inquirição pelo Juiz for realizada apenas ao término da inquirição direta promovida pelas partes.

Por todo o exposto, é imperioso concluir que a reforma processual penal não modificou o procedimento criminal no tocante à ordem de inquirição de testemunhas, limitando-se a introduzir o método da inquirição direta pelas partes, e, sobretudo, que não induz a caracterização de nulidade (nem mesmo relativa) o simples fato de a inquirição de testemunha ter início com a formulação de perguntas por iniciativa do Juiz, pois essa é a ordem prevista na Lei processual.

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:  
ESPECIFICAÇÃO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS E  
ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS REGRAS PREVISTAS NO PROJETO  
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O KAPITALANLEGER-  
MUSTERVERFAHRENSGESETZ DO DIREITO ALEMÃO.**

*Baltazar José Vasconcelos Rodrigues*

Mestrado em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O incidente de resolução de demandas repetitivas foi inserido no Projeto de Novo Código de Processo Civil com ares de esperança, a fim de se tornar uma importante ferramenta no deslinde de demandas individuais de massa. O presente trabalho tem por finalidade analisar os fundamentos práticos e teóricos do instituto, bem como compará-lo com sua fonte de inspiração direta: o *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, procedimento especial originário do Direito Alemão.

**Abstract:** The so called special procedure for solving repetitive claims has been inserted in the Project of New Brazilian Civil Procedure with hope, in order to become an important tool to deal with individual mass demands. This paper has the intent to analyse the practical and theoretical reasons of the institute, and to compare it with its direct inspiration: the *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, an special procedure from Germany.

**Palavras-Chave:** Coletivização de direitos. Demandas individuais de massa. Crise do Judiciário. Celeridade processual. Importação de institutos estrangeiros.

## **1 – Delimitação do estudo.**

O objetivo do presente trabalho é analisar os dispositivos previstos no Projeto do Novo Código de Processo Civil<sup>6</sup> que tratam do chamado incidente de resolução de demandas repetitivas.

---

<sup>6</sup> Tendo em vista as diversas alterações sofridas pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, destaca-se que a versão aqui adotada é a original, apresentada primeiramente ao Congresso Nacional. Contudo, apesar das alterações já realizadas, ressalta-se que nenhuma delas foi substancial; a grande maioria restringiu-se a renumerar os dispositivos. No item 3 do trabalho os dispositivos serão rapidamente expostos, um a um, de forma a proporcionar ao leitor uma visão completa.

Em primeiro lugar, será feita uma rápida abordagem sobre os motivos que levaram à adoção do instituto e sua inserção: necessidade de tratamento especial para demandas de massa e necessidade de redução do número de processos.

Posteriormente, serão comparados os dispositivos previstos no Projeto com aqueles presentes no *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, procedimento especial do Direito Alemão que lhe inspirou. O estudo será realizado de forma crítica, examinando especialmente possíveis prejuízos para as garantias fundamentais do processo.

## 2 – Fundamentos teóricos e práticos para adoção do incidente resolução de demandas repetitivas.

O movimento de acesso à justiça, conforme lecionam Mauro CAPPELLETTI e Bryan GARTH<sup>7</sup>, caracterizou-se por três momentos: o primeiro, de assistência jurídica ao hipossuficiente; o segundo, de resolução das demandas de massa; o terceiro, de aprimoramento dos procedimentos em prol da efetividade, da economicidade e da celeridade.

Para o presente trabalho, por certo, interessa precipuamente o segundo momento (*segunda onda renovatória*). Com efeito, a resolução de demandas de massa passou a chamar a atenção do direito processual civil a partir do momento em que o acesso à justiça proporcionou o conhecimento, pelo Judiciário, de uma quantidade cada vez maior de processos que anteriormente estavam alheios a ele.

Conforme bem relembra Marcelo Pereira de ALMEIDA<sup>8</sup>: “nas últimas décadas, principalmente no segundo pós-guerra, constatou-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**”<sup>9</sup>.

<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1988.

<sup>8</sup> ALMEIDA, M. P. 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, In **Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VII** p. 158-185. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 31 jul, 2011.

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 164.

<sup>10</sup> Márcio Carvalho FARIA também chama a atenção para estes fatos: “(...) o mundo globalizado nos exige uma dedicação ainda maior que aquela que nossos pais tiveram. A gigantesca necessidade de atualização, aliada à imprescindível imperiosidade de informações, faz com que o cidadão, a fim de “não perder o bonde da história”, dedique-se integralmente em todas as tarefas do cotidiano, sejam pessoais,

Em sentido semelhante, Bruno DANTAS<sup>11</sup> relata que “(...) o problema [de multiplicação de litígios] é mundial e decorre, fundamentalmente, de um lado, da estrutura econômica que estimula o conflito de interesses, que se põe em xeque as relações jurídicas estabelecidas, o que parece ter sido ocasionado pela drástica mudança de um modelo agropastoril, prevalecente até início do século XX, para a sociedade industrial, e, posteriormente, para a sociedade da informação, e, de outro, a mudança de paradigma consubstanciada no paulatino distanciamento dos ideais do liberalismo e a aproximação do welfare state, com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e nas relações privadas, de modo a perseguir os interesses gerais da coletividade”<sup>12</sup>. O mesmo autor também pontua que “(...) o movimento mundial pelo acesso à justiça, capitaneado pelo italiano Mauro Cappelletti, contribui em larga medida para o agravamento da crise, pois, à proporção que mais pessoas têm acesso à ordem jurídica, é natural que o número de processos cresça em razão direta. Não se pode olvidar ainda que o acesso à justiça reduz a litigiosidade contida, fazendo florescer contendas que, em condições adversas, não seriam levadas ao Poder Judiciário, em grave demonstração da inoperância do Estado”<sup>13</sup>.

Dessa forma, a expansão da tutela jurisdicional, da proteção conferida pelo ordenamento a novos direitos, levou ao crescimento dos chamados litígios de massa. Neste rol se incluem tanto as demandas denominadas *coletivas* (ou seja: aquelas baseadas em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos<sup>14</sup>) quanto aquelas que são denominadas *meramente repetitivas* (que, apesar de não se encaixarem perfeitamente na classificação acima, apresentam entre si um elemento de

---

profissionais ou vitais. Já se tornou jargão dizer que o mal do século é a falta de tempo, e com ela todos temos de lidar, da melhor maneira possível. Os meios de comunicação encurtam distâncias, trazendo a indispensável informação, de um modo nunca antes visto; os de transporte, por seu turno, apresentam-se mais rápidos e mais eficazes, permitindo que o homem atinja locais antes inimagináveis e/ou de extrema dificuldade, em tempo sempre menor. Enfim, todos “correm”, muito embora alguns sequer tenham um destino definido” (FARIA, M.C. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização da busca de soluções à crise do Judiciário, In **Revista Eletrônica de Direito Processual** – v. VI p. 475-496. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 ago, 2011 – especialmente p. 476).

<sup>11</sup> DANTAS, B. **Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 85.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 86.

<sup>14</sup> Conforme exposto na Lei 8.078, de 1990:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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”.

conexão, qual seja, a fundamentação em tese jurídica semelhante – para as quais também se costuma usar a nomenclatura *demandas individuais de massa*).

Neste ponto, é notório que o aspecto dramático para o direito processual diz respeito, precipuamente, à necessidade de adaptação de seus institutos clássicos (como a *legitimidade ad causam* e a coisa julgada) a estes novos direitos. E, conseqüentemente, à necessidade de se evitar decisões conflitantes, cuja existência induz à diminuição da confiança<sup>15</sup> da sociedade no Estado (afetando a legitimidade institucional do Poder Judiciário).

Perceba-se que a construção do processo civil clássico teve inspiração em ideias liberais, provenientes dos séculos XVIII e XIX. Baseavam-se nas máximas de que ninguém pode ser obrigado a fazer algo que não deseje (autonomia da vontade ou autonomia individual). Assim, é notório que institutos como a legitimidade ordinária (ou seja, apenas o titular do direito poderia pleitear a tutela em juízo) e a coisa julgada *inter partes* (cujos efeitos só afetariam as partes na demanda) e *pro et contra* (qualquer que fosse o resultado da demanda) têm perfeita aplicação em demandas individuais comuns.

Tendo isto em mente, a doutrina desenvolveu soluções teóricas para a adaptação aos novos direitos, como a legitimidade extraordinária (autorizando grupos ou determinando indivíduos, dotados de representatividade adequada, a propor ações em nome próprio tutelando direito alheio) e a coisa julgada *extra partes* (que ultrapassa os limites subjetivos da demanda) e *secundum eventum litis* (conforme o resultado da demanda).

Esta tendência de adaptação, denominada de *coletivização de demandas*, engloba também a reunião de processos, quando cuidam de uma mesma matéria ou apresentam a possibilidade real de projetar decisões conflitantes, que violam a isonomia por julgar diferentemente situações (em tese) idênticas. A medida propicia, ainda, a pulverização dos custos do processo, auxiliando ainda mais no acesso à justiça<sup>16</sup>.

Além deste marco teórico, verifica-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta um fundamento de caráter prático: o abarrotamento do Poder Judiciário, problema usualmente denominado pela doutrina de *crise da Justiça*<sup>17-18</sup>.

---

<sup>15</sup> Porque, sem dúvidas, uma das maiores qualidades que a sociedade espera das decisões judiciais é a sua estabilidade (princípio da segurança jurídica).

<sup>16</sup> “In theory, the availability of joinder opens the courthouse door to larger numbers of claimants who might otherwise be barred from seeking relief because of the cost or inconvenience of litigation” CHASE, O., *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thompson West, 2007, p. 369.

<sup>17</sup> Um excelente exemplo que demonstra o quão avançada está a Crise da Justiça é a recente Resolução nº. 13, de 2011, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em suma, trata-se da implantação do

Como dito antes, a popularização do acesso à justiça implicou no aumento exponencial do número de demandas levadas ao Judiciário. O problema levou, no Brasil, a um diálogo entre os Chefes dos Três Poderes, que culminou com a assinatura do chamado *Pacto Republicano*. Tratou-se de uma série de medidas e ações conjuntas cujo principal escopo era exatamente reduzir o *demandismo judiciário* (ou, ao menos, amenizá-lo).

Convém trazer a lume as palavras de Cristiana Hamdar RIBEIRO<sup>19</sup>: “*A terceira, e atual, fase da reforma iniciou-se no ano de 2004, quando foi firmado o primeiro “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, pelo Presidente da República, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal, no qual foram propostas medidas de aprimoramento do Poder Judiciário brasileiro, visando obter uma tramitação mais rápida do processo, bem como uniformidade do Direito, cujos projetos resultaram na edição da célebre EC 45/2004, também intitulada de “Reforma do Poder Judiciário”, que instituiu diversas inovações no âmbito constitucional, como a introdução da súmula vinculante do STF, a obrigatoriedade da demonstração da repercussão geral nos recursos extraordinários e a introdução de um novo inciso, LXXVIII, no art. 5º da CRFB/88, que tornou direito fundamental do processo. Esta fase da reforma constitui uma tentativa de solucionar os problemas gerados pela “abertura das portas do Judiciário”, que ocasionou um considerável aumento do número de demandas, possuindo, desta forma, o objetivo primordial de diminuir o número destes processos em trâmite nos tribunais brasileiros, efetivando o princípio da celeridade de forma racional e, conseqüentemente, reduzir substancialmente com a famigerada morosidade da Justiça Brasileira em concretizar uma resposta final aos anseios dos litigantes processuais*”<sup>20</sup>.

---

Julgamento virtual de agravos internos embargos de declaração. Os “considerandos” não poderiam ser mais incisivos: “*CONSIDERANDO o princípio da razoável duração do processo, que dá concreção ao do efetivo acesso à justiça; CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar o tempo despendido durante as sessões de julgamento e de se otimizar a função jurisdicional; CONSIDERANDO a prática costumeira, e cada vez mais acentuada, da interposição dos agravos previstos no artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil e do artigo 200 do Regimento Interno desta Corte, com vistas ao esgotamento dos recursos ordinários, assim como de embargos de declaração ao escopo de pré-questionamento necessário ao manejo dos recursos de índole constitucional*”.

<sup>18</sup> Outro sintoma emblemático da Crise é a busca pela celeridade a qualquer custo. A proposta de emenda constitucional de suposta autoria do Min. Cezar Peluso é um bom exemplo disto, pois visa a extinguir o recurso especial e o recurso extraordinário, autorizando o trânsito em julgado da decisão de segunda instância proferida pelos Tribunais Estaduais e Regionais Federais. Sobre o tema, ver <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI129173,51045> e <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/03/21/peluso-apresenta-pec-para-dar-celeridade-justica-924060114.asp>.

<sup>19</sup> RIBEIRO, C. H. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro, In **Revista Eletrônica de Direito Processual – v. V**, p. 614-700. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 ago, 2011.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 621/622.

A mesma autora prossegue no relato de que “(...) no dia 13 de abril do presente ano de 2009, foi editado o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”, também assinado pelos Chefes dos três Poderes, com o objetivo de reafirmar os compromissos adotados no I Pacto Republico de Estado, também com o intuito de fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça”<sup>21</sup>.

Portanto, a redução do número de processos vem se revelando quase um mantra entre os membros do Poder Judiciário. Institutos como a súmula vinculante<sup>22</sup>, a súmula impeditiva de recursos<sup>23</sup>, o julgamento liminar de mérito<sup>24</sup>, a repercussão geral<sup>25</sup> e o julgamento por amostragem de recursos de caráter extraordinário<sup>26</sup> são exemplos fiéis desta tendência<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 623.

<sup>22</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (Constituição Federal).

<sup>23</sup> “Art. 518. (...) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (Código de Processo Civil).

<sup>24</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” (Código de Processo Civil).

<sup>25</sup> “Art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (Constituição Federal).

“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.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão” (Código de Processo Civil).

<sup>26</sup> “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

Neste contexto, revela-se indubitável que a resolução de demandas individuais de caráter repetitivo é de interesse primordial para a redução do número de processos que tramitam perante o Judiciário, embasando a inserção do incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Novo Código de Processo Civil, em consonância com as reformas legislativas que vêm sendo realizadas nos últimos tempos.

---

*§ 1o Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.*

*§ 2o Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.*

*§ 3o Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*

*§ 4o Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.*

*§ 5o O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.*

*Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.*

*§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.*

*§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.*

*§ 3o O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.*

*§ 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.*

*§ 5o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.*

*§ 6o Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.*

*§ 7o Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou*

*II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.*

*§ 8o Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.*

*§ 9o O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo” (Código de Processo Civil).*

<sup>27</sup> Sobre o tema, ver o interessante artigo de José Henrique Mouta Araújo. ARAÚJO, J. H. M. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos Tribunais locais, In **Revista Eletrônica de Direito Processual – v. II** p. 163-180. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 16 ago, 2011.

Explicitados, portanto, os fundamentos teórico e prático do instituto, passar-se-á à análise pontual dos respectivos dispositivos do Projeto, em comparação com as normas do *Musterverfahren* e das características das lides que levaram à sua utilização no ordenamento alemão.

### **3 – O incidente de resolução de demandas repetitivas: dispositivos do novo CPC em comparação com o *Musterverfahren*.**

O Projeto de Novo Código de Processo Civil não destoa das ideias acima aventadas. Reforçando esta visão, sua própria Exposição de Motivos revela que “*Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil. Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas (...)*”<sup>28</sup>.

Mais adiante, revela-se que “*Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão (No direito alemão a figura se chama **Musterverfahren** e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu) o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes*”<sup>29-30</sup>.

O *Musterverfahren*<sup>31</sup> (contração de *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) consiste, em apertada síntese, em um procedimento especial baseado na apreciação de demandas-modelo no setor de mercado de capitais, subitamente afetado por alto número

---

<sup>28</sup> Exposição de Motivos, p. 16.

<sup>29</sup> Exposição de Motivos, p. 21.

<sup>30</sup> “*A tutela jurisdicional tem de ser tempestiva. O processo deve ter prazo razoável – isto é, deve se desenvolver e se extinguir sem dilações indevidas. Entram aqui problemas que vão desde a sumarização formal do procedimento com a necessidade de previsão de plenários rápidos em geral, plenários rápidos para litígios massificados e possibilidade de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda, até a necessidade de efetivo redimensionamento do papel de nossas Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), de modo que só atuem quando suas atuações estejam devidamente justificadas à luz da outorga de unidade ao Direito no Brasil, o que pode ser alcançado mediante filtros recursais, como a repercussão geral e técnicas de julgamento por amostragem de causas repetitivas.*” MARINONI, L. G. e MITIDIERO, D. **O Projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

<sup>31</sup> Disponível em [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany\\_Legislation\\_1.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_Legislation_1.pdf) (versão em inglês).

de demandas em razão de problemas com investidores na Bolsa de Valores de Frankfurt<sup>32</sup>.

Segundo Antônio do Passo CABRAL<sup>33</sup>: “*O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (Feststellungsziele) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)). Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no Musterverfahren decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (Streitpunkte) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (Vorfragen) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual*”<sup>34</sup>.

Verificar-se-á, daqui em diante, algumas das diferenças marcantes entre o procedimento alemão e aquele previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil<sup>35</sup>: entre a inspiração originária e o seu futuro “transplante” para o ordenamento jurídico pátrio. Neste trabalho, serão consideradas cinco grandes diferenças<sup>37</sup>, a fim de ressaltar

---

<sup>32</sup> “*The KapMuG entered into force in November 1, 2005. Section 1 of the Act provides that it applies on claims for compensation of damages due to false, misleading or omitted public capital markets information or claims to fulfilment of contract which is based on an offer under the Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und -übernahmegesetz). The scope of application of the KapMuG is obviously rather narrow, since it applies only to claims related to the capital markets. Moreover, the legislator has opted for a test phase of Five years, after which the Act will be ineffective. It is the intention of the legislator, however, to enlarge the scope of application of the KapMuG*” (CHASE, O. et alli. ob. cit., p. 415).

<sup>33</sup> CABRAL, A. P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In **Revista de Processo** – v. 147 p. 123-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 132.

<sup>35</sup> A título de esclarecimento, informa-se que as referências ao *Musterverfahren* são sempre relativas ao já mencionado link [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany\\_Legislation\\_1.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_Legislation_1.pdf), ao passo que as referências ao Projeto de Novo CPC são aquelas relativas ao projeto original (PL 166/10, do Senado Federal).

<sup>36</sup> Outro esclarecimento é necessário: tem-se ciência de que o PL 166/10 já foi alterado no próprio Senado Federal (pelo Senador Valter Pereira) e, atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados. Contudo, a grande maioria das alterações feitas nos arts. 895 a 906, que cuidam do incidente de resolução de demandas repetitivas, não têm qualquer caráter substancial (a maioria, a rigor, apenas altera a numeração dos dispositivos, passando-os para os números 930 a 941).

<sup>37</sup> Há outras diferenças significativas, mas que não serão abordadas neste trabalho apenas por fins didáticos. Por exemplo, o procedimento do incidente brasileiro é regulamentado de forma simplória pelo Projeto, ao passo que a legislação alemã é bem minuciosa. Para uma visão geral do procedimento propriamente dito, veja-se as palavras de Oscar CHASE et alli: “*The KapMuG operates in three different*

a disparidade existente entre os dois procedimentos, que podem resultar em prejuízos às partes, conforme veremos adiante.

A primeira grande diferença refere-se à **especificidade do tema**. Enquanto o *Musterverfahren* autoriza a resolução de demandas que versem sobre mercado de capitais (ou seja: cuja causa de pedir refira-se a este tema<sup>38</sup>), o incidente do Novo CPC não traz qualquer limitação temática específica. Sua instauração, nos termos do projeto, poderá ocorrer caso seja 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*”<sup>39</sup>.

A segunda grande diferença encontra-se no tocante ao **tempo de vigência**: o procedimento alemão expressamente prevê uma vigência temporária, de 5 anos a contar de 01.11.2005<sup>40</sup>. O incidente de resolução de demandas repetitivas, por sua vez, não traz qualquer limitação temporária igual a esta<sup>41</sup>.

---

*phases: model case proceedings start with an opening phase in which the Regional Court (the Lower Court), on the application of no less than 10 parties, orders the initiation of intermediary proceedings and determines the legal or factual issues to be decided there. In the second phase, the pending claims will be suspended as the model question is decided by the competent Regional Appellate Court (the Higher Court), which appoints one or several model claimants. Finally, in the third phase, again the Lower Court decides every single case on the basis of the results obtained in the preceding phase. It is important to note that the KapMuG operates exclusively as an intermediary process for similar claims which are already pending” (ob. cit., p. 415).*

<sup>38</sup> “Section 1

*Application for Establishment of a Model Case*

*(1) By application for the establishment of a model case, in a proceeding at first instance, in which*

*1. a claim for compensation of damages due to false, misleading or omitted public capital markets information or*

*2. a claim to fulfilment of contract, which is based on an offer under the Securities Acquisition and Takeover Act,*

*is asserted, the establishment of the existence or non-existence of conditions justifying or ruling out entitlement or the clarification of legal questions may be sought (establishment objective), provided the decision in the legal dispute is contingent thereupon. Application for the establishment of a model case may be made by the plaintiff and the defendant. Public capital markets information means information directed at a great number of investors regarding facts, circumstances and statistical as well as other company data which relate to an issuer of securities or an offeror of other investments. These shall include, in particular, information contained in*

*1. prospectuses under the Securities Prospectus Act,*

*2. sales prospectuses under the Sales Prospectus Act and the Investment Act,*

*3. communications of insider information within the meaning of section 15 of the Securities Trading Act,*

*4. presentations, overviews, lectures and information in the main collection on the state of the company, including its relationships with associated enterprises within the meaning of section 400 (1) no. 1 of the Stock Corporation Act,*

*5. annual financial statements, annual reports, group financial statements, group annual reports and interim reports of the issuer, and in*

*6. offering documents within the meaning of section 11 (1), first sentence, of the Securities Acquisition and Takeover Act”.*

<sup>39</sup> Art. 895, caput.

<sup>40</sup> “Section 20

*Transitional Provisions*

A terceira grande diferença reside no **requisito formal de admissão**. A lei alemã exige um mínimo de 10 demandas/caso idênticos a fim de submeter a apreciação à Corte Superior<sup>42</sup>. A legislação nacional, caso aprovada, não traz este requisito quantitativo, mas apenas o requisito qualitativo (possibilidade de multiplicação de demandas com risco de decisões conflitantes). Na verdade o requisito qualitativo do incidente brasileiro é um pouco mitigado, eis que o Projeto parece conferir uma boa dose de discricionariedade ao Judiciário, conforme enuncia o seu art. 898, § 1º: “*Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática*”.

A quarta grande diferença refere-se ao **objeto** do incidente: o *Musterverfahren* parece autorizar a análise de fatos<sup>43</sup> conjuntamente com questões jurídicas, muito diferentemente do que se passa no incidente de resolução de demandas repetitivas, que

---

*In respect of proceedings in which prior to 1 November 2010 an application for the establishment of a model case was submitted, this law and those provisions amended by Articles 2 to 8 of the Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets in the version in force prior to 1 November 2010 shall continue to apply”.*

<sup>41</sup> Há sim, uma limitação temporal para a suspensão dos processos que é determinada pelo 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”), conforme dispõe o art. 904: “Art. 904. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário”. Contudo, note-se que não é uma vigência temporária da lei (como ocorre no direito alemão), mas uma suspensão dos processos originários a fim de que possam se adequar ao resultado do incidente (sem mencionar o § 1º, *in fine*, que abre a possibilidade para que a suspensão dure muito mais que 6 meses).

<sup>42</sup> “Section 4

Reference to the Higher Regional Court

(1) The court trying the matter shall effect by order a decision of the next highest court of instance, the Higher Regional Court, on the establishment objective of related applications for the establishment of a model case (model case ruling), if

1. the first application according to date for establishment of a model case was submitted in the proceeding before the court trying the matter and
2. in at least nine other proceedings related applications for the establishment of a model case were submitted before the same or other courts within four months subsequent to its public announcement”.

<sup>43</sup> “Section 1

Application for Establishment of a Model Case

(1) (...)

(2) Application for the establishment of a model case shall be made with the court trying the matter and shall include indication of the establishment objective and the public capital markets information. **Such application must contain information on all factual and legal circumstances (points of dispute) which serve to justify the establishment objective, and a description of the evidence the applicant intends to use to substantiate or refute factual claims.** The applicant shall substantiate that the decision on the application for the establishment of a model case may have significance for other similar cases beyond the individual dispute concerned. The respondent shall be granted opportunity to submit a written pleading on the matter”.

notoriamente se presta a examinar tão-somente a tese jurídica<sup>44</sup> aplicável ao universo de casos (*a priori* idênticos).

Por fim, a quinta grande diferença reside na **amplitude do contraditório**. Embora haja pontos de convergência<sup>45</sup>, a legislação alemã prevê expressamente que haverá um lapso temporal mínimo de 4 (quatro) semanas entre a divulgação da pauta e o julgamento do caso-modelo<sup>46</sup>. Ademais, o *Musterverfahren* traz diversos dispositivos onde se verifica a preocupação em tornar a mais pública possível a identificação da controvérsia<sup>47</sup>. De seu turno, o Projeto brasileiro não cuida em nenhum momento desses temas.

---

<sup>44</sup> Além do caput do já citado art. 895, verifica-se esta tendência a partir de uma leitura do art. 903: “*Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito*”.

<sup>45</sup> Por exemplo, tanto a legislação alemã (Sector 8, (1)) quanto o Projeto brasileiro (art. 901) determinam que participarão do incidente as partes originárias e demais interessados na causa.

<sup>46</sup> “Section 9

General Procedural Rules

(1) (...)

(2) Public announcement may be made in lieu of service of summonses to court hearings on interested parties. Public announcement shall be effected by entry into the Complaint Registry. There must be a span of at least four weeks between public announcement and the date of the hearing”.

<sup>47</sup> “Section 2

Public Announcement in the Complaint Registry

(1) The court trying the matter shall announce publicly an admissible application for the establishment of a model case in the electronic Federal Gazette under the title “Complaint Registry pursuant to the Capital Markets Model Case Act” (Complaint Registry). A decision on public announcement shall be given by order of the court trying the matter. There shall be no possibility to appeal such order. The public announcement shall contain only the following information:

1. The complete name of the accused party and its legal representative,
2. The name of the issuer of securities or offeror of other investments to which the application for the establishment of a model case refers,
3. The name of the court trying the matter,
4. The case number at the court trying the matter,
5. The establishment objective of the application for the establishment of a model case and
6. the exact date of the public announcement in the Complaint Registry.

(...)

Section 6

Public Announcement of Model Case

Proceedings

Upon receipt of the order referring the matter to a higher court of instance, the Higher Regional Court shall publicly announce the following in the Complaint Registry:

1. The name of the model case plaintiff and his legal representative (Section 8 (1) no. 1),
2. The complete name of the model case defendant and his legal representative (§ 8 (1) no. 2),
3. The establishment objective of the model case,
4. The case number of the Higher Regional Court and
5. The content of the order referring the matter to a higher court of instance.

The Higher Regional Court shall bear the responsibility in respect of data protection pursuant to Section 2 (3)”.

Assim, pode-se verificar que o incidente de resolução de demandas repetitivas diverge, na essência, de sua inspiração em vários pontos<sup>48</sup>. O que mais chama a atenção é a aparente falta de preocupação do Projeto de Novo Código de Processo Civil em tutelar as garantias fundamentais das partes que, inevitavelmente, se verão envolvidas no incidente.

E mais: o Projeto<sup>49</sup> não traz soluções para problemas graves que poderão surgir, tais como:

(i) avalanche de recursos de caráter extraordinário interpostos em face da decisão que decide o incidente;

(ii) avalanche de ações rescisórias que poderão ser propostas após o trânsito em julgado da decisão final (pergunta-se: uma ação posterior e ajuizada pontual especificamente perante um Tribunal não estaria, a rigor, tendo a possibilidade de rever a decisão da tese jurídica firmada no incidente?); e

(iii) possibilidade de uma série de decisões conflitantes caso existam incidentes suscitados em diferentes Estados da Federação acerca de uma mesma questão jurídica (p.ex., sobre matéria processual).

#### **4 – Considerações Finais.**

Como se pode perceber, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem como escopo promover o julgamento célere de demandas de massa (também denominadas de isomórficas).

Contudo, conforme foi mencionado ao longo do presente trabalho, sua inserção no direito brasileiro não ocorreu da mesma forma em que surgiu a legislação que lhe serviu de inspiração: o *Musterverfahren* do direito alemão.

Com efeito, o procedimento de julgamento de casos-modelo do direito alemão tem um escopo bem restrito (demandas de mercado de capitais levadas ao Judiciário em

---

<sup>48</sup> A mesma opinião é compartilhada por RIBEIRO, C. H. (ob. cit., p. 627). Ressalte-se que a autora trata especificamente não do incidente em si, mas do julgamento de recursos de caráter repetitivo. Contudo, como se pode depreender de uma leitura dos arts. 954 e ss. do Projeto, o julgamento de recursos repetitivos em muito se assemelhará (a rigor, já se assemelha, eis que as disposições dos arts. 543-B e 543-C do atual Código de Processo Civil são praticamente idênticas às do Projeto) muito ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>49</sup> Outros autores apresentam uma visão menos pessimista, mas atenta aos problemas futuros. MARINONI e MITIDIERO, p.ex., entendem que “*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. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. 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 pelos interessados*” (ob. cit., p. 178).

um lapso temporal de 5 anos) e traz muito mais garantias para as partes envolvidas (universo mais específico de causas – o que facilita a apreciação do caso –, análise de fatos – e não só de uma tese jurídica abstrata –, e maior publicidade e contraditório participativo).

Assim, mesmo que admita a existência de benefícios imediatos, a mera redução do número de causas julgadas nos Tribunais em decorrência do incidente de resolução de demanda repetitivas parece não trazer benefícios a longo prazo.

A ênfase na redução da quantidade de processos em detrimento da qualidade dos julgamentos implica, a rigor, numa subversão da terceira fase científica<sup>50</sup> do processo, uma vez que o foco na satisfação do jurisdicionado foi alterado para o foco na satisfação da Jurisdição.

Ao se lembrar que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser inserido como corolário da segunda onda renovatória do acesso à justiça, é preocupante se dar conta de que estas ideias estão sendo utilizados, como se disse, para atender aos interesses do Estado-Juiz, e não dos “consumidores” da Justiça, seus verdadeiros destinatários.

Dessa forma, entende-se que é importante amadurecer um pouco mais o mecanismo de resolução de demandas repetitivas, a fim de que a celeridade a qualquer custo não acabe por violar garantias fundamentais do processo.

### Referências Bibliográficas:

- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. 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, In **Revista Eletrônica de Direito Processual – v. VII** p. 158-185. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 31 jul., 2011.
- ANDRADE, Fábio Martins de. Ensaio sobre o inciso LXVIII do art. 5º da CF/88, In **Revista de Processo – v. 147**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 175-198.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos Tribunais locais, In **Revista Eletrônica de Direito Processual – v. II**, p. 163-180. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 16 ago., 2011.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

---

<sup>50</sup> CINTRA, A. C. A. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Sítio eletrônico: <http://www.camara.gov.br>. Acessos entre 1º e 21 ago., 2011.
- BRASIL. Repositório de legislação do Palácio do Planalto. Sítio eletrônico: <http://www.presidencia.gov.br>. Acessos entre 10 de jul. e 21 de ago., 2011.
- BRASIL. Senado Federal. Sítio eletrônico: <http://www.senado.gov.br>. Acessos entre 1º e 21 de ago., 2011.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sítio eletrônico: <http://www.tj.rj.jus.br>. Acessos entre 03 e 24 de jul., 2011.
- CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In **Revista de Processo** – v. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 123-146.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CHASE, Oscar *et alli*. **Civil Litigation in Comparative Context**. St. Paul: Thompson West, 2007.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil, In **Revista de Processo** – v. 192. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 193-209.
- DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and State authority**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização da busca de soluções à crise do Judiciário, In **Revista Eletrônica de Direito Processual** – v. VI, p. 475-496. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 ago., 2011.
- GRECO, LEONARDO. **Instituições de Processo Civil** – v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.
- LEMOS, Bruno Espiñeira. **Recursos Especiais Repetitivos**. Curitiba: Ed. Letra da Lei, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: Uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito, In **Revista Eletrônica de Direito Processual** – v. IV p. 233-234. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 10 jul., 2011.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro, In **Revista Eletrônica de Direito Processual** – v. V p. 614-700. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 ago., 2011.

THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle José Coelho e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória, In **Revista de Processo** – v. 189. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

---

\_\_\_\_\_. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário, In **Revista de Processo** – v. 177. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.



## **AMICUS CURIAE: DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Berky Pimentel da Silva*

Tabelião e Oficial Registrador no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional, Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Universidade Estácio de Sá. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade do Grande Rio. Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** O presente artigo tem a finalidade de analisar o instituto jurídico *amicus curiae* em seus aspectos de origem, justificação jurídica e finalidade no campo do direito constitucional e, sua inserção no Projeto do Novo Código de Processo Civil, como modalidade de intervenção de terceiros, procedendo-se uma análise sobre a natureza jurídica do instituto.

**Abstract:** This article aims to analyze the legal institute in its *amicus curiae* aspects of origin, purpose and legal justification in the field of constitutional law, and its inclusion in the Project of the New Code of Civil Procedure, as a means of intervention of third parties, proceeding an analysis on the legal nature of the institute.

**Palavras Chave:** Constitucional, *amicus curiae*, legitimidade, pluralismo e democracia.

**Sumário:** 1. Introdução 2. A Influência do Neoconstitucionalismo 2.1. Marco Histórico 2.2. Marco Filosófico 2.3. Marco Teórico 3. A Jurisdição Constitucional e a Sociedade Pluralista de Intérpretes da Constituição 4. Legitimidade Democrática das Decisões do Supremo Tribunal Federal – Dificuldade Contramajoritária 5. *Amicus Curiae* 5.1. *Amicus Curiae* e Ampliação da Legitimidade Democrática 5.2. *Amicus Curiae* no Projeto do Novo Código de Processo Civil: O Projeto, o Substitutivo e a Exposição de Motivos 5.3. *Amicus Curiae* no Projeto do Novo Código de Processo Civil: Uma pequena análise 6. Conclusão.

### **1.0 – Introdução**

O *amicus curiae* é instrumento de participação democrática no processo, fruto de uma pluralização e abertura procedimental<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ADIN Nº 2130-3 SC (AGReg), rel. Min. Celso Mello, j. 03.10.2001.

Sua análise passa obrigatoriamente pelo fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo, que acarretou uma reviravolta no direito constitucional, assegurando-lhe uma nova posição epistemológica dentro do cenário jurídico.

Tal fenômeno acarretou grandes transformações no Direito Constitucional, estando entre elas: a ampliação da Jurisdição Constitucional que fez surgir no *amicus curiae* uma forma de ampliação da participação democrática no processo de Controle Concentrado de Constitucionalidade, figurando como fator legitimante das decisões do Poder Judiciário, atuando no grave vício de falta de legitimidade democrática.

Na Jurisdição Constitucional Brasileira, o instituto após ser posto em algumas leis esparsas, foi assentado no Processo de Controle Concentrado de Constitucionalidade na Lei Federal 9868/99 em seu art. 7º, §2º.

Reconhecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina pátria, o *amicus curiae* aparece novamente no cenário jurídico pátrio no Projeto do Novo Código de Processo Civil localizado no capítulo destinado a Intervenção de Terceiros.

A análise constitucional do *amicus curiae* e a sua posição no Projeto do Novo Código de Processo Civil são mote do presente trabalho.

## **2.0 - A Influência do Neoconstitucionalismo.**

O neoconstitucionalismo foi o fenômeno jurídico que marcou a mudança de paradigmas do Direito Constitucional e segundo as lições precisas de Luís Roberto Barroso<sup>2</sup> podem ser levados em consideração três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.

### **2.1 - Marco Histórico**

Alguns acontecimentos foram fundamentais para a consideração de mudança de paradigmas no Direito Constitucional, estando entre eles, na Europa Continental, o Constitucionalismo pós 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e na Itália.

No Brasil, tem-se como marco central, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reaproximou a Constituição da Democracia, erigindo o Brasil à condição de um Estado Democrático de Direito.

### **2.2 – Marco Filosófico**

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf](http://WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf), p.2-3.

Sob o aspecto filosófico, o Neoconstitucionalismo é uma expressão da superação de dois modelos, a saber, do jusnaturalismo e o positivismo, pelo neo-positivismo.

Assim, o jusnaturalismo predominante no século XVI e que aproximava a lei da razão, teve o seu declínio em virtude de ser considerado metafísico e anti-científico.

Com a sua queda, houve a ascensão do positivismo jurídico, aproximando o direito da lei. Tal modelo entrou em declínio posteriormente a 2ª Grande Guerra Mundial em virtude de que os Governos Nazistas e Fascistas se utilizaram da legalidade para promoção de barbaridades.

Com o declínio dos dois modelos, surgiu o neo positivismo, o qual com a finalidade de fazer a junção do justo com o legal fez a reaproximação do direito com a ética.

### **2.3 – Marco Teórico**

O marco teórico é visualizado em três grandes transformações ocorridas no direito constitucional, sendo elas: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>3</sup>; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática na interpretação constitucional.

Analisando as transformações ocorridas e sem retirar a relevância de cada uma delas, para o presente trabalho, tem-se como foco a análise do desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Assim, antes de 1945 vigorava em maior parte da Europa um modelo de supremacia do Legislativo, na linha da doutrina Inglesa de supremacia do parlamento e da concepção Francesa de lei como expressão da vontade geral<sup>4</sup>.

No entanto, após 1940 novas Constituições foram criadas e o modelo Americano baseado na Supremacia da Constituição com o Poder Judiciário sendo responsável pela guarda da Constituição e dos Direitos Fundamentais passou a ser adotado por vários países, mediante a criação de Cortes Constitucionais. Assim, inicialmente com a Alemanha em 1951 e com a Itália em 1956. A partir daí o modelo dos Tribunais Constitucionais se irradiou por toda a Europa Continental.

---

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf](http://WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf), p. 8.

No Brasil o modelo de controle incidental de constitucionalidade existe desde a Constituição de 1891. Já o modelo de controle concentrado de Constitucionalidade surgiu com a ação genérica introduzida pela Emenda nº 16 de 1965. No entanto, a Jurisdição Constitucional no Brasil, ocorreu efetivamente com a Constituição de 1988.

### **3.0 – A Jurisdição Constitucional e a Sociedade Pluralista de Intérpretes da Constituição.**

A Jurisdição Constitucional, dentro de um modelo de Supremacia da Constituição, tem como órgão de “guarda” da Carta Maior o Poder Judiciário no qual os magistrados efetivam a interpretação da norma Constitucional.

No entanto, de acordo com Peter Häberle<sup>5</sup> existe dentro de uma sociedade aberta um círculo amplo de participantes do processo de interpretação pluralista. Assim, o modelo de interpretação constitucional sempre esteve afeto a um modelo de “sociedade fechada”, no qual apenas os magistrados efetivavam a interpretação da norma constitucional.

No entanto, dentro de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição” não tem como se estabelecer um elenco fechado de intérpretes. Assim, todos aqueles que vivem a Constituição e são os seus destinatários são os seus reais intérpretes.

Nesse sentido é necessária a passagem de um modelo de “sociedade fechada” para um modelo de “sociedade aberta”, ampliando o número de intérpretes da Constituição e assegurando que a teoria da interpretação seja garantida por influência democrática.

### **4.0 - Legitimidade Democrática das Decisões do Supremo Tribunal Federal – Dificuldade Contramajoritária.**

Com clareza leciona Luís Roberto Barroso<sup>6</sup> que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. Assim, em que pese não terem representatividade popular, atuam invalidando atos emanados tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo, poderes esses de inegável representação popular.

Isso acarreta a falta de legitimidade democrática das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, que na lição de Gustavo Binenbojm<sup>7</sup> pode ser equacionada em dois pontos

---

<sup>5</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11-12.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338-339.

<sup>7</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. Ed. São Paulo: Revonar, 2010, p. 51.

básicos, a saber: o primeiro está na questão de os juízes não serem detentores de mandato eletivo e o segundo na circunstância das decisões emanadas das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer espécie de controle democrático, salvo por meio de emendas corretivas da jurisprudência do tribunal.

Essa é a dificuldade contramajoritária gerada na tensão de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal se sobrepõe a um ato de algum dos poderes mencionados, os quais representam milhares ou milhões de votos.

Para conciliar a democracia e os direitos fundamentais, a dificuldade contramajoritária, encontra duas justificativas: uma normativa e outra filosófica.

A justificativa normativa parte do próprio texto da Constituição Federal. Por isso, pode o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se em dadas hipótese a decisão de Poderes Eleitos porque assim previu a Constituição.

Pela justificativa filosófica compatibilizam-se os conceitos de Constitucionalismo e Democracia. Constitucionalismo significa limitação de poder e respeito a direitos fundamentais, ao passo de que Democracia é o governo popular, fruto da soberania.

A Constituição deve ter regras que cuidem da democracia, assegurando ampla participação política, mas também deve se ater a proteção dos direitos fundamentais, estando aí, o cerne do Estado Democrático de Direito, não se resumindo a questão apenas no conteúdo majoritário.

Tais justificativas buscam teorizar a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade realizado por um órgão como o Supremo Tribunal Federal, dentro de um Estado Democrático de Direito, pondo de um lado da balança os ideais democráticos e do outro a proteção aos direitos fundamentais.

## 5.0 – *Amicus Curiae*

Em obra doutrinária específica sobre o tema Damares Medina<sup>8</sup> define com precisão o *amicus curiae* como

(...) terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os

---

<sup>8</sup> MEDINA, Damares. *Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

Tal instituto tem raízes democráticas, permitindo a pluralização da interpretação constitucional no processo dentro de uma sociedade aberta<sup>9</sup>.

Assim, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto<sup>10</sup>

É a figura do *amicus curiae* - ou *friend of the Court*, no dizer dos norte americanos -, outrora aceitável apenas nos domínios da jurisprudência do STF; hoje expressamente admitida no sistema do direito positivo brasileiro, tudo com suporte na ideia consagrada no magistério de Peter Häberle, segundo o qual a interpretação da Constituição não deve ser limitada aos seus interpretes formais, mas aqueles também que são destinatários dos seus comandos, como se sucede com os cidadãos de forma geral.

De acordo com as palavras do Ministro Celso de Mello<sup>11</sup> o *amicus curiae* tem como finalidade

(...) à legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Atualmente, o *amicus curiae* tem previsão na Lei Federal nº. 9868/99, em seu art. 7, § 2º, sendo que, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto<sup>12</sup>, já houve anteriormente previsão do instituto nos seguintes diplomas legislativos: Lei Federal nº. 6385/76, art. 31 – permissão para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) atuar; Lei Federal nº. 8884/94, art. 89 – quanto à permissão para o Conselho Administrativo de Proteção Econômica (CADE) atuar; Lei Federal nº. 9469/ 97, art. 5º, parágrafo único – quanto à possibilidade de pessoa jurídica de direito público atuar.

---

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

<sup>10</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 228.

<sup>11</sup> ADIN Nº 2130-3 SC (AGReg), rel. Min. Celso Mello, j. 03.10.2001.

<sup>12</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 229.

Também houve previsão do *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais - Lei Federal nº. 10259/01, art. 14, § 7º - no procedimento de uniformização de interpretação de lei federal ante a divergência de entendimento de Turmas Recursais, ocasião que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, podem se manifestar no prazo de trinta dias.

Alexandre de Moraes<sup>13</sup> informa que a função primordial do *amicus curiae* é juntar aos autos pareceres ou informações com a finalidade de trazer matérias importantes à decisão, assim como, dados acerca dos reflexos da decisão a ser proferida em determinado público alvo.

### 5.1 – *Amicus Curiae* e Ampliação da Legitimidade Democrática.

O *amicus curiae* é um instrumento de participação democrática<sup>14</sup> de muito relevo para o Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Tal circunstância ocorre em virtude do Controle de Constitucionalidade Concentrado ser um processo objetivo<sup>15</sup>, no qual se busca a compatibilização da norma impugnada com a Carta Maior, não havendo que se falar em partes, no sentido processual da palavra, havendo apenas requerentes. Aqui há oposição ao processo subjetivo, a tutelar uma circunstância subjetiva, individual ou coletiva, eis que o objeto do processo objetivo é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada e não a solução de conflitos individuais<sup>16</sup>.

Assim, recebendo a petição assinada pelo legitimado constitucional, decidirá o Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade ou não da norma impugnada frente à Constituição Federal atuando como legislador negativo, expurgando a norma jurídica do ordenamento jurídico, com a paralisação dos seus efeitos nocivos, assegurando a Supremacia da Constituição.

Para essa análise, deve atuar o *amicus curiae*, como instrumento e fonte democrática, permitindo que elementos informativos possíveis e necessários sejam levados ao órgão judicante, pluralizando o debate constitucional e, colaborando com a resolução da controvérsia.

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 677.

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

<sup>15</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

<sup>16</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 192.

Importante colacionar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello<sup>17</sup> acerca do tema

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n. 9868/99, art. 7º, §2º), permitindo que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei n.9868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Conforme colacionado na decisão supra o *amicus curiae* é instrumento de contraditório substancial<sup>18</sup> e de participação democrática no processo objetivo de controle de constitucionalidade, permitindo dentro de uma abertura procedimental, que os verdadeiros intérpretes da constituição possam carrear aos autos processuais informações fundamentais e relevantes para a decisão a ser proferida pela Corte Constitucional, manejando com isso, elemento integrador de legitimidade democrática/social para as decisões exaradas, mitigando a dificuldade contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, é de suma importância dentro do Estado Democrático de Direito que institui a Dignidade da Pessoa Humana<sup>19</sup> como pilar, que haja a participação do *amicus curiae* na Jurisdição Constitucional, permitindo que a sociedade atue efetivamente como intérprete da Constituição e que o magistrado possa adotar uma posição de juiz

---

<sup>17</sup> ADI Nº 2884 RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000.

<sup>18</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82 e 84

<sup>19</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo in Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 226.

Hermes<sup>20</sup>, conciliador, aberto a escutar opiniões, obtendo a legitimidade e aceitabilidade de sua decisão perante o corpo social.

## 5.2 – *Amicus Curiae* no Projeto do Novo Código de Processo Civil: O Projeto, o Substitutivo e a Exposição de Motivos.

Passada a análise sobre o *amicus curiae* em âmbito Constitucional como instrumento legitimante das decisões do Supremo Tribunal Federal, atuando na abertura procedimental da Jurisdição Constitucional, passa-se a sua avaliação no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Inicialmente no Senado Federal, o Projeto do Novo Código de Processo Civil foi denominado de Projeto Lei nº. 166//2010, no qual a figura do *amicus curiae* foi enquadrada como modalidade de intervenção de terceiros, estando neste tópico junto aos institutos da assistência e do chamamento.

Assim, ficou estabelecido no Projeto Lei nº 166/2010<sup>21</sup>, no Capítulo V referente à Intervenção de Terceiros, na Seção I, o *amicus curiae* no art. 320 que

### Do *amicus curiae*

Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

*Parágrafo único.* A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

Na Exposição de Motivos do Projeto<sup>22</sup> em análise foi explicitado que

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.

---

<sup>20</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de Juez. In: Doxa, nº 14, 1993, PP. 169-194. <[HTTP://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm)>..

<sup>21</sup> Projeto Lei nº. 166/2010. Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

<sup>22</sup> Projeto Lei nº. 166/2010. Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição.

Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

No entanto o Projeto Lei nº 166/2010 foi substituído pelo Projeto Lei nº 8046/2010<sup>23</sup>, o qual alterou a numeração e posicionamento dos artigos do *amicus curiae*, permanecendo no capítulo referente à intervenção de terceiros, onde estão tratados ainda os institutos da assistência, a denúncia em garantia e o chamamento ao processo.

O Projeto Lei nº. 8046/2010<sup>24</sup> previu no Capítulo IV a Intervenção de Terceiros, e, na Seção IV, art. 322, o *amicus curiae* nos seguintes termos:

*Do amicus curiae*

Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

*Parágrafo único.* A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

O texto não foi muito alterado estrutural e essencialmente. Fazendo um comparativo, retirou a palavra *lide* e incluiu a palavra *controvérsia* em seu lugar<sup>25</sup>. Além disso, o texto do Projeto Lei nº 166/2010 previa a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, passando o Projeto Lei nº 8046/2010 permitir também a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada. Aqui, ocorreu um incremento subjetivo, objetivando que a abertura procedimental insculpida no *amicus curiae* possa ser alçada por qualquer pessoa jurídica e não apenas órgão ou entidade especializada em dada matéria. Visualiza-se o objetivo pluralístico de

---

<sup>23</sup> Projeto Lei nº. 8046/2010. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

<sup>24</sup> Projeto Lei nº. 8046/2010. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

<sup>25</sup> Tal fato se deve a discussão acerca da lide ser ou não elemento essencial da jurisdição. Sobre o tema: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 63.

Habêrle<sup>26</sup>, o qual, dentro de uma sociedade em que todo o direito é constitucionalizado<sup>27</sup>, faz com que também no processo subjetivo haja essa atuação participativa democrática.

A alteração de maior relevância foi à inclusão da necessidade de representatividade adequada para que o *amicus curiae*, seja admitido. O requisito da representatividade adequada já é exigido pelo Supremo Tribunal Federal para que haja participação do *amicus curiae* conforme se verifica no trecho extraído de acórdão de relatoria do Ministro Celso Mello<sup>28</sup>:

(...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. (...)

Incluindo a representatividade adequada como requisito, tratou o projeto de estabelecer uma clausula aberta, eis que o conteúdo de tal expressão será construído pela jurisprudência e pela doutrina, ampliando, destarte os poderes do magistrado no que tange a análise de cada qual que almejar ingressar no processo na condição de *amicus curiae*.

Ressalte-se ainda que, o Projeto Lei nº 8046/2010 aumentou o prazo de 10 (dez) dias antes previsto no Projeto Lei nº 166/2010 para 15 (quinze) dias, contados a partir da intimação para que os “candidatos” a ingressar no processo como *amicus curiae* possam se manifestar.

---

<sup>26</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11-12.

<sup>27</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

<sup>28</sup> ADI Nº 2331 MC/ DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000.

### 5.3 – *Amicus Curiae* no Projeto do Novo Código de Processo Civil: Uma pequena análise.

Na exposição de motivos do Projeto Lei nº 166/2010 a intenção dos elaboradores foi no sentido de que o *amicus curiae* figurasse como modalidade de intervenção de terceiros, podendo inclusive ser solicitada pelo magistrado a sua inclusão no processo de ofício e ainda, cabendo o seu ingresso em todos os graus de jurisdição e não apenas perante os Tribunais Superiores.

Tal questão revolve ao debate sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, se é uma modalidade de intervenção de terceiros ou se enquadra em outra espécie.

Para analisar a questão, necessário que primeiro se avalie o que é parte e quem é terceiro na relação jurídica processual.

Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>29</sup> citando Liebman “partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja, os sujeitos interessados da relação processual.”

Continuando o autor<sup>30</sup>, com precisão informa como se adquire a qualidade de parte:

(...) a) pela demanda (quem pratica o ato de iniciativa ganha, desde logo, a condição de demandante – autor, exequente); b) pela citação (com ela, o citado passa a ser réu, ou executado); c) pela intervenção espontânea (ingressando em processo pendente, o terceiro passa a ser parte da relação processual inicialmente constituída entre outras pessoas); pela sucessão (o sucessor, ou sucessores, passam a ocupar o lugar deixado pelo sucedido).

Sobre o tema, Athos Gusmão Carneiro<sup>31</sup> ensina que “a doutrina atual, portanto, liga o conceito de parte a atividade tutelar do Estado mediante atividade dos órgãos do Poder Judiciário, proteção que a Constituição a todos promete e assegura (CF, art. 5º, XXXV).”

Assim, se temos como partes em sentido processual, pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional<sup>32</sup>, verificam-se de outra sorte a figura dos

---

<sup>29</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>31</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 5.

<sup>32</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V. I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, 346.

terceiros, aqueles que ingressam posteriormente na relação processual e segundo as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>33</sup> “uma vez admitido no processo, o sujeito deixa de ser terceiro e passa a ser considerado parte; em alguns casos ‘parte da demanda’ e noutros ‘parte do processo’.”

Sobre esses terceiros, Cândido Rangel Dinamarco<sup>34</sup> citando as lições de Liebman informa que “são terceiros todas as pessoas que não sejam partes no processo, ou seja, em determinado processo concretamente considerado.”

E continua o renomado doutrinador<sup>35</sup>, em sua obra sobre litisconsórcio, “no dizer da mais abalizada doutrina todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação ao processo, terceiros.”

Para Athos Gusmão Carneiro<sup>36</sup>, “o conceito de terceiro terá igualmente de ser encontrado por negação”.

No mesmo sentido Alexandre Freitas Câmara<sup>37</sup> ensina “intervenção de terceiro como o ingresso, num processo, de quem não é parte”.

Para Marcus Orione Gonçalves Correia<sup>38</sup> “na esfera do direito processual o conceito de terceiros será encontrado por negação”.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>39</sup> ao efetuar a diferenciação entre o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, leciona que estes são pessoas que intervêm no processo, sem ser o autor ou réu, nos casos previstos em lei, informando ainda que, ocasionalmente, terceiros podem atuar em litisconsórcio.

E, mais a frente, com a precisão que lhe é peculiar, esclarece o supracitado autor<sup>40</sup>

Em Processo Civil, a intervenção de terceiros – regida pelo princípio básico segundo o qual a intervenção em processo alheio só é possível mediante expressa permissão legal – classifica-se, de acordo com a

---

<sup>33</sup> Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 207.

<sup>34</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de Terceiros. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

<sup>36</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

<sup>37</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 161.

<sup>38</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

<sup>39</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 166.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 171.

iniciativa do terceiro, em intervenção voluntária ou espontânea e obrigatória ou provocada; conforme a inserção do terceiro na relação processual existente, em assistência, nomeação à autoria, chamamento ao processo, e, por fim, conforme formulação de nova relação jurídica processual no mesmo processo, em oposição e denunciação da lide.

Na mesma linha, Vicente Greco Filho<sup>41</sup> ensinando que “a intervenção de terceiros ocorre quando alguém, devidamente autorizado em lei, ingressa em processo alheio, tornando complexa a relação jurídica processual.”

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes<sup>42</sup> expõe que “a intervenção de terceiro é fenômeno no qual um terceiro ingressa na relação processual e assume a condição de parte (principal ou acessória). E continua, “o conceito de terceiro é alcançado por exclusão, ou seja, é todo aquele que não é parte da relação processual.”

Importante ainda, trazer a colação as palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>43</sup>, segundo o qual, a intervenção de terceiros é fruto da democracia e contraditório *in verbis*:

A noção puramente processual de terceiro associa-se à visão do processo pelo ângulo constitucional e, de modo particular, a partir da garantia do contraditório. Sendo uma inafastável imposição político-democrática a oferta de meios de participação processual àqueles em cuja esfera o exercício do poder pelo juiz poderá atuar, é natural que as leis do processo reservem um tratamento de não-parte àqueles que permanecem fora da relação jurídica processual.

Exatamente neste sentido atua o *amicus curiae*, como instrumento democrático do processo, mediante uma abertura procedimental àqueles que não figuram inicialmente como partes da relação jurídico-processual, mas tem interesses, seja em trazer novas informações ao magistrado para que este possa decidir amparado em maior legitimidade democrática, atuando nesta seara como verdadeiros “amigos da corte”, seja para trazer para o processo, informações que venham a ajudar uma das partes, atuando aqui, como “amigo da parte”.

A doutrina<sup>44</sup> informa que a adequação do *amicus curiae* no instituto da intervenção de terceiros depende da amplitude que se pode dar a categoria dos terceiros

---

<sup>41</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. V. I. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 127.

<sup>42</sup> FERNANDES. Sérgio Ricardo de Arruda. Questões Importantes de Processo Civil. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, p. 207.

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

intervenientes atípicos, ou seja, aqueles não expressamente definidos em lei como tal. Assim, conforme a elasticidade do termo, pode o *amicus curiae* se adequar ou não a qualidade de terceiro interveniente.

Ao nosso sentir, é perfeitamente possível a inclusão do *amicus curiae* com a qualidade de terceiro, eis que este não é parte no processo, adotando-se para parte, o conceito de Liebman<sup>45</sup>, a saber, “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”, mas, no entanto, intervém, trazendo informações importantíssimas, sendo fonte de legitimação democrática, abertura procedimental e ampliação subjetiva da relação processual<sup>46</sup>. E ainda, independente, da postura adotada pelo *amicus curiae*, seja de auxiliar da corte, seja de auxiliar de uma das partes, como fonte pluralizante, é instituto fundamental para o Estado Democrático de Direito.

No entanto é de longa data a indefinição acerca da adequação do *amicus curiae* como terceiro. Isso porque a Lei Federal nº 9868/99<sup>47</sup> informa em seu art.7º, *caput*, que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

Entendendo no sentido da norma acima exposta Guilherme Peña de Moraes<sup>48</sup> leciona que

(...) Demais disso, a natureza jurídica é a de instituto de participação da sociedade na jurisdição constitucional, e não a de intervenção de terceiros, vez que o órgão ou entidade postulante não adquire a qualidade de parte, sequer acessória, bem como não há a possibilidade de repercussão na competência do órgão jurisdicional exercente de controle de constitucionalidade difuso.

Admitindo um abrandamento ao art. 7º da Lei Federal nº. 9868/99, já expôs o Ministro Celso de Mello<sup>49</sup>

É certo – não obstante as considerações que venho de fazer – que a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9869/99, abrandou, em caráter excepcional, o sentido absoluto da vedação

---

<sup>44</sup> Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 209.

<sup>45</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de Terceiros. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 16.

<sup>46</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>47</sup> Lei Federal nº. 9868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>48</sup> MORAES, Guilherme Peña de. Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 171-172.

<sup>49</sup> ADIN Nº 2130-3 SC (AGReg), rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001.

pertinente à intervenção de terceiros, passando, agora, a permitir o ingresso de entidades dotadas de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade, sem conferir-lhes, no entanto, todos os poderes processuais inerentes aos sujeitos que ordinariamente possuem legitimação para atuar em sede de jurisdição concentrada.

Ressalte-se que, no julgamento do Agravo Regimental na ADI nº 748 RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi fixado o entendimento de que o *amicus curiae* em verdade é um colaborador informal da corte e não um terceiro.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504)<sup>50</sup>

Para Edgar Silveira Bueno Filho<sup>51</sup>, o *amicus curiae* é uma forma de assistência qualificada, eis que, se para a assistência simples, basta que seja demonstrado o interesse jurídico, para o *amicus curiae* além da relevância da matéria, tem-se que demonstrar ainda a representatividade adequada. Aqui então, entende o respeitado autor que se trata de uma modalidade de intervenção de terceiros.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>52</sup> entende que o *amicus curiae* é terceiro, adotando também a definição de terceiro, no sentido de ser aquele que não é parte.

---

<sup>50</sup> ADIN Nº 748 RS (AGReg), rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994.

<sup>51</sup> BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae*: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

<sup>52</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426 e 427 .

Importante ainda expor o entendimento de Gustavo Binimbojm, para quem, o *amicus curiae* é um terceiro especial com o “direito de ingressar formalmente na relação processual, pela juntada de manifestação escrita nos autos, assumindo determinadas prerrogativas processuais inerentes a sua condição<sup>53</sup>”.

Diversas são as classificações, no entanto, os interesses do *amicus curiae* na causa em juízo, que inicialmente, quando da configuração do instituto eram neutros e visavam auxiliar o magistrado, sendo o “amigo da corte”, hodiernamente, mudaram de sentido, apresentando-se direcionados a proteção de uma das partes<sup>54</sup>.

Essa circunstância pode acarretar um desequilíbrio nas informações trazidas ao processo beneficiando uma das partes envolvidas, fazendo com que o *amicus curiae* tenha atuação decisiva na formação do convencimento do magistrado.

De outro lado, a abertura procedimental adotada, possibilitando o ingresso do *amicus curiae* desde o primeiro grau de jurisdição pode acarretar um tumulto processual, naqueles processos em que haja muitos interesses em jogo e com isso, vários pedidos de admissibilidade de *amicus curiae*, afetando a duração razoável do processo insculpida no art. 5, LXXVIII da Constituição Federal como garantia fundamental.

Tal fato, sem deixar de analisar as possíveis denegações de ingresso processual, as quais, por serem irrecuráveis, certamente darão azo à impetração de sem número de mandados de segurança nas instâncias superiores como sucedâneos recursais.

Além da questão pertinente ao ingresso do *amicus curiae* é preciso indagar quais tipos de matérias poderão ser ventiladas nos processos: matérias de direito, de fato, ou ambas?

Dentro da perspectiva de Estado Democrático de Direito com fundamentos, entre outros, na cidadania e no pluralismo político (CF, art. 1, II e V), o instituto foi delineado no Projeto do Novo Código de Processo Civil a uma ampla aplicação, seja em matéria de direito, em matéria de fato ou em ambas.

Destarte o *amicus curiae*, antes “amigo da corte”, e atualmente “amigo da parte”, figura como instrumento pluralizante de conceitos e ideias, fonte de ampliação de legitimação das decisões judiciais, trazendo ao processo uma majoração

---

<sup>53</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br) p.15.

<sup>54</sup> MEDINA, Damares. Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

informacional que possibilitam uma melhor cognição judicial e decisão por parte daqueles que exercem a jurisdição.

Importante expor, por derradeiro, que o Projeto do Novo Código de Processo Civil, estabelece que, independente daquele que figure como *amicus curiae*, não haverá alteração da competência.

Assim, suponhamos que uma fundação federal<sup>55</sup> ingresse em um processo que esteja tramitando perante a Justiça Estadual na condição de *amicus curiae*, eis que tem representatividade adequada para tal. Como ficará a competência? O processo será remetido para a Justiça Federal ou continuará na Justiça Estadual?

Pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, permanecerá na Justiça Estadual independentemente da condição daquele que está figurando como *amicus curiae*.

Efetuando uma Filtragem Constitucional do texto, percebesse que não há ofensa ao art. 109, I da CF, eis que, o *amicus curiae*, não é autor, réu, assistente ou oponente, tratando-se, em verdade, de um terceiro especial conforme a melhor doutrina acima mencionada.

Portando, dentro de uma análise Constitucional, o Projeto do Novo Código de Processo Civil observou os preceitos constitucionais no que tange a regra de competência esboçada.

## 6.0 - Conclusão

O *amicus curiae* é um instituto de natureza democrática com finalidade de pluralizar o processo, seja em âmbito de jurisdição constitucional, seja no âmbito do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Seu conteúdo democrático permite que se adote a condição de uma sociedade aberta dentro da Jurisdição Constitucional e no Projeto do Novo Código de Processo Civil, permitindo uma ampliação participativa com aumento da matéria cognitiva que é levada ao magistrado, permitindo que este possa proferir uma decisão compatível com os anseios sociais, lastreada por maior legitimidade democrática.

Sua natureza jurídica deveras controvertida, seja na doutrina, seja na jurisprudência já foi fruto de vários escritos no âmbito da Jurisdição Constitucional.

---

<sup>55</sup> O exemplo mencionado é de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 213.

Com o Projeto do Novo Código de Processo Civil, o *amicus curiae* surge como modalidade de intervenção de terceiros<sup>56</sup> permitindo o ingresso no processo seja a requerimento, seja de ofício pelo magistrado, em todos os graus de jurisdição, de pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas.

A forma de participação do *amicus curiae* seja com a juntada de documentos, manifestação oral, irá pluralizar o processo civil pátrio e ampliar seu procedimento, garantindo um maior espectro democrático.

Ante o art. 322 do Projeto Lei nº 8046/2010, forçoso reconhecer que o *amicus curiae* como foi previsto, caminha, para sua adequação a figura do terceiro especial defendido pela doutrina<sup>57</sup>, devido a sua qualidade processual atinente aos seus poderes e aos requisitos de admissibilidade específicos: relevância da matéria e representatividade adequada.

As implicações de sua possibilidade de atuar em todos os graus de jurisdição ainda vão ser objeto de críticas e elogios, sopesando-se de um lado a ampliação procedimental a garantir novos elementos cognitivos, e de outro, a possibilidade de ocorrer um tumulto processual com diversos pleitos de admissão de *amicus curiae* e com isso, a possibilidade de o processo ficar moroso e complexo.

Portanto, que venha o Novo Código de Processo Civil e o *amicus curiae*, instituto democratizador e fonte de legitimidade social.

### Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf](http://WWW.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf).

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do estado. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br).

\_\_\_\_\_. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3. Ed. São Paulo: Revonar, 2010.

---

<sup>56</sup> Isso porque para doutrina, o *amicus curiae* já era previsto em algumas leis específicas como a Lei Federal nº 6385/76. Sobre o assunto ver: SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 229.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.15.

- BUENO, Cássio Scarpinella. 'Amicus Curiae' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CORREIA, Macus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de Terceiros. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. Litisconsórcio. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Questões Importantes de Processo Civil. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.
- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. V. I. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MEDINA, Damares. Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Guilherme Peña de. Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de Juez. In: Doxa, nº 14, 1993, PP. 169-194.
- <[HTTP://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm)>.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. V. I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.



## O TRATAMENTO DISPENSADO AO JULGAMENTO *PRIMA FACIE* NO NOVO CPC E A CORREÇÃO DE SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES

*Bruno Albino Ravara*

Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Advogado e Professor Universitário na disciplina de Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

*Juliana Provedel Cardoso*

Discente no curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

**Resumo:** O presente artigo terá como escopo a utilização dos princípios constitucionais de acesso à justiça, devido processo legal e dispositivo para fazer uma análise crítica do julgamento *prima facie*, previsto no art. 317 do anteprojeto do CPC, ainda em fase de aprovação no Senado Federal sob o Ato nº. 379 de 2009. Para tanto, verifica-se a atual conjectura desse instituto, a futura previsão e os princípios constitucionais supra mencionados. Após discutir e confrontar os argumentos trazidos à luz desse artigo, faz-se uma avaliação do julgamento liminar em relação às possíveis inconstitucionalidades.

**Abstract:** The present article will have as target the use of the principles constitutional of access to justice, due process of law and device to make a critical analysis of the judgment *prima facie*, prescribed in art. 317 of the first draft of the CPC, still in phase of approval in the Federal Senate under the Act nº. 379 of 2009. For that, it is verified current conjecture of this institute, the future prediction and the principles constitutional supply mentioned. After to argue and to collate the arguments brought to the light of this article, become an evaluation of the preliminary judgment in relation to possible unconstitutionality.

**Palavras-Chave:** Processo Civil – Art. 317 Anteprojeto CPC – Princípio Dispositivo – Acesso à Justiça – Devido Processo Legal.

**Keywords:** Civil Procedure – Art. 317 First Draft of CCP – Principle Device – Access to Justice – Due Process of Law.

**Sumário:** Introdução; 1. A atual disposição do instituto Julgamento *Prima Facie*; 2. A disposição do Julgamento *Prima Facie* no anteprojeto do CPC; 3. A disposição do

anteprojeto na visão do princípio dispositivo; 4. Análise do anteprojeto sob a ótica do acesso à justiça; 5. O cumprimento do devido processo legal no Julgamento *Prima Facie* do anteprojeto; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

O presente artigo foi baseado no dispositivo de julgamento *prima facie*, inspirado pela EC 45/2004, surgindo com a Lei 11.277/2006. Tal instituto permitiu um julgamento de mérito antes mesmo da citação, se no mesmo juízo já houver tido casos de sentença de total improcedência sobre questões idênticas. A nova proposta desse instituto, se aprovada, virá pelo art. 317, com uma redação um pouco modificada.

O interesse pelo tema surgiu pela vontade de aprendizado e de maior conhecimento concernente à aplicabilidade do art. 317 do Código de Processo Civil, sob a ótica dos princípios dispositivo, acesso à justiça e devido processo legal.

Portanto o tema abordado pretende analisar a relação desse instituto com os princípios constitucionais acima mencionados, considerado o atual cenário social.

Por isso, o início do estudo ocorrerá com a apresentação do dispositivo, considerado o contexto de origem, a atual previsão do julgamento *prima facie* e os requisitos de aplicação presentes em seu *caput*. Posteriormente, apresentaremos a futura disposição com o art. 317 do anteprojeto do CPC, em sua aplicação, incluídos os posicionamentos do autor da ação e do juiz. Por fim, analisaremos se o instituto viola o acesso à justiça, o devido processo legal e o dispositivo.

Como técnica de pesquisa utilizada, teremos como base a bibliográfica, tendo em vista a busca de conceitos, aspectos e apreciações em livros, periódicos jurídicos e artigos científicos relacionados ao tema “julgamento *prima facie*”.

### **1. A atual disposição do instituto julgamento *prima facie***

A EC 45/2004, promulgada em 8 de dezembro daquele ano, entrou em vigor provocando mudanças significativas à Constituição Federal de 1988. Dentre essas, criou o inciso LXXVIII do art. 5º da CF<sup>1</sup>, que garante a todos a razoável duração do processo, bem como meios possíveis para uma maior celeridade processual. A partir daí, dentre uma das ondas de transformação do Código Processual Civil, nele foi instituído o art. 285-A pela Lei 11.277/2006.

Dessa forma, o artigo em questão inaugurou o chamado “julgamento *prima facie*”, no qual antes mesmo da citação do réu, o juiz pode proferir uma sentença

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2010.

resolutória e, portanto, com apreciação do mérito. Isso se dá quando a questão for unicamente de direito e no mesmo juízo já houver sido observadas inúmeras sentenças de total improcedência. É o que está escrito no *caput* do art. 285-A, CPC<sup>2</sup>:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Cabe observar que esse instituto traz em seu *caput* alguns requisitos essenciais à sua aplicação.

O primeiro requisito é a “matéria unicamente de direito”. Essa matéria não condensa a necessidade de analisar de maneira exaustiva as provas e os fatos alegados. Há, tão somente, a apreciação das consequências jurídicas do direito em questão. E que, para tanto, caberá averiguar as regras e os princípios jurídicos a serem aplicados. Como afirma Cássio Scarpinella Bueno<sup>3</sup>:

O primeiro pressuposto que o dispositivo reclama para sua incidência é que a questão jurídica, a tese jurídica, predomine sobre eventuais questões de fato. É isto que deve ser entendido como “matéria unicamente de direito”. São aqueles casos que se caracterizam muito mais pela questão jurídica do que por qualquer peculiaridade fática.

É oportuno observar aqui a diferença entre uma questão de fato, na qual o contexto fático é determinante para o julgamento, e uma questão de direito, uma vez que o que se deve entender por “matéria de direito” é a questão eminentemente jurídica, na qual eventuais peculiaridades de fato do caso concreto se mostram, a princípio, com base no prudente arbítrio do magistrado, irrelevantes à apreciação da causa.

O segundo requisito é o de “casos idênticos”. Para conceituar esse pressuposto, é fundamental fugir brevemente da literalidade, vez que, se for interpretado gramaticalmente, a questão idêntica faria uma referência direta à coisa julgada ou à litispendência, impossibilitando o ajuizamento da demanda e a existência do processo, respectivamente. Para Fredie Didier Junior<sup>4</sup>, a causa tida como repetitiva é aquela “que

---

<sup>2</sup> BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>3</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento comum: ordinário e sumário. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo I. P. 155.

<sup>4</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12 ed. Bahia: Jus PODIVM, 2010. P. 473.

verse sobre a questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não “idênticos” como se refere o legislador)”. Assim, esse requisito tem um significado doutrinário de equivalência do direito pleiteado e não dos fatos. As consequências jurídicas do fato já formaram, em demandas anteriores, o convencimento do juiz. Além de idênticos, deve haver a ocorrência de pelo menos dois casos, não apenas um.

O terceiro requisito é o de “juízo”. Assim como os dois requisitos já supracitados, esse é um outro ponto que também encontra divergência na doutrina. Para Alexandre Freitas Câmara<sup>5</sup>, o termo “juízo” se equivale aos tribunais, ou seja, é pressuposto de aplicação do dispositivo a jurisprudência dominante de determinado tribunal. Em contrapartida, Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>6</sup> considera mesmo “juízo” equivalente à mesma Vara, quando diz o seguinte: “Exige-se para o julgamento antecipadíssimo da lide que as decisões paradigmas tenham sido proferidas no mesmo juízo, isto é, na mesma Vara onde tramite a nova ação”. A maior parte da doutrina segue o primeiro entendimento por abordar a reincidência das demandas num órgão com maior força de consolidação de jurisprudência. Mas esse conceito, mal desenvolvido pelo legislador, não tem uma definição unânime entre os juristas e aplicadores do Direito.

## 2. A disposição do julgamento *Prima Facie* no Anteprojeto do CPC

O Presidente do Senado Federal, senador José Sarney, através do Ato nº. 379 de 2009, instituiu uma Comissão de Juristas incumbida de elaborar o Novo Código de Processo Civil brasileiro. Essa comissão foi presidida por Luiz Fux, teve como relatora Teresa Arruda Alvim Wambier e foi composta por processualistas como Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque.

O senador José Sarney<sup>7</sup> no prefácio do anteprojeto do CPC, ainda em apreciação no Senado, estabelece a proposta da criação desse novo código:

[...] no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

---

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, vol. 1. P. 339.

<sup>6</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 163, nov. 2006.

<sup>7</sup> BRASIL. Senado Federal. Ato nº 379 de 2009. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 06 abril 2011.

Nesse sentido, é notável a intenção de renovar o conteúdo já presente no atual Código Processual Civil, em vigor desde 1973 e criar novos dispositivos que atendam às necessidades e às mudanças que o povo brasileiro passou nessas últimas quase três décadas.

Um desses dispositivos que sofreu alterações foi o do instituto de julgamento *prima facie*. Como supra mencionado no item anterior, esse instrumento atualmente expresso no art. 285-A, CPC, permite a apreciação do mérito antes mesmo da citação do réu, proferindo uma sentença de improcedência total. No anteprojeto, se aprovado, esse instituto manterá a mesma essência, mas com algumas peculiaridades em relação ao conceito atual. Corresponderá, assim, ao art. 317 do Código de Processo Civil<sup>8</sup> e terá a seguinte redação:

Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se:

I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior

Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

II – o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal

ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

III – verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição;

§ 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.

Em caráter objetivo, é possível perceber com essa nova disposição que a redação ficou ainda mais ampla, possibilitando a atribuição de diferentes significados para um mesmo termo. Isso poderia acentuar uma ilimitada aplicação prática, podendo variar de um juízo para o outro.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Senado Federal. Ato nº 379 de 2009. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 06 abril 2011.

No caso dos Incisos I e II, é possível recordar à discussão semântica, por ora pacificada na doutrina, do termo “casos repetitivos”. A redação do art. 317 ainda acrescenta uma limitação ao que já foi decidido em julgamentos no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

É fundamental focalizar que o Inciso I aparece ainda de forma mais genérica e que depende de um ativismo judicial ainda maior quando amplia sua redação em “manifestamente improcedente o pedido”. Não é claro qual o tipo de pedido que se faça improcedente. Bem como também não é perceptível o direito material por ora abordado no referido inciso que trará uma sentença de improcedência total ao autor.

Já quanto ao Inciso III, é aparente a semelhança com o atual art. 269, IV, CPC, que muito auxilia a celeridade da Justiça desde a sua criação, não cabendo discussão daquele direito que a parte não é mais titular (decadência) ou que não pode pleitear em juízo (prescrição).

### 3. A disposição do Anteprojeto na visão do princípio dispositivo

O princípio dispositivo corresponde ao preceito de que o juiz tem que ser provocado para agir, ou seja, não pode agir primariamente de ofício. De acordo com o art. 2º CPC<sup>9</sup>, é necessário que as partes requeiram seu posicionamento frente a direitos controvertidos para as devidas diligências.

Para tanto, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini<sup>10</sup> conceituam:

O princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (=provocação) do interessado.

Nesse sentido, Jose Chiovenda<sup>11</sup> argumenta que:

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>10</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1. P. 71.

<sup>11</sup> CHIOVENDA, Jose. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Madrid: REUS, S.A., 2000. P. 185.

No solamente el juez, sin demanda de parte no tiene obligación, sino ni siquiera facultad de pronunciar ni de iniciar um procedimiento; no puede de oficio producir una sentencia favorable al actor; cuando la actuación de la ley está condicionada a la demanda [...]. De aquí las máximas: ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore. [...] La sentencia, en cuanto al exceso del pronunciamiento sobre la demanda sería anulable [...].

Diante do exposto, fica claro que, se não observado o princípio dispositivo e, com isso, o juiz agir de ofício, as partes estarão submetidas a uma decisão judicial fruto de parcialidade do juiz, originando, portanto, uma sentença nula. A imparcialidade é quebrada assim que o juiz tiver que dirimir uma sentença que pese termos e dispositivos com significados imprecisos à sua aplicação.

É fundamental frisar que não é possível que o juiz se exima de toda e qualquer manifestação pessoal subjetiva em seu pronunciamento. Isso seria impossível, visto que o magistrado é um humano e possui, desde o seu crescimento, uma construção e criação diferente de todos nós. Ninguém é igual e assim realmente não poderia ser, pois todos têm concepções e experiências de vida diferentes.

É sabido também que a modernização do Direito, através de mudanças constitucionais, viabilizou uma maior celeridade e aproximação do magistrado com a sociedade, deixando este de ser apenas um tradutor daquilo que está previsto na lei e lhe conferindo maiores poderes instrutórios na sua atuação. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos<sup>12</sup> caracteriza a nova proposta do Direito:

[...] mais respeito a princípios, em vez de normas; mais ponderação do que subsunção; mais direito constitucional, e não conflitos jurídicos desnecessários; mais trabalho judicial, em vez de criação de leis pelo Poder Legislativo (ativismo judicial); e mais valores, no lugar de dogmas indiscutíveis.

Entretanto, é imprescindível que o juiz não obtenha num texto normativo, com definição insuficiente, instrumentos para que ele exacerbe seu direito de intérprete da lei. Tem que haver um limite à sua atuação para que não gere quebras de imparcialidade, insegurança jurídica para as partes e um Poder Judiciário incapaz de oferecer justiça à sociedade.

---

<sup>12</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 82.

É com relação à modernização do Direito e ao poder do juiz que José Carlos de Araújo Almeida Filho e Mariana Carneiro de Barros<sup>13</sup> corroboram:

Com as reformas processuais perpetradas desde os anos 90 do século XX, observamos que o Código de Processo Civil ampliou, em muito, o poder concedido ao magistrado. Este poder, por sua vez, deve ser precedido de um dever ético, e, [...] em matéria probatória há que se ponderar esta carga jurisdicional.

Sob esse enfoque, é necessário fazer uma análise direta com o Princípio Dispositivo e a nova proposta do julgamento *prima facie*, configurado no art. 317, do anteprojeto do CPC. Esse instituto de julgamento liminar, mais do que o atualmente previsto, trouxe consigo uma carga normativa um tanto quanto ampla e abrangente.

Um texto normativo que não consegue abordar conceitos precisos para a aplicação ao caso concreto, acarretaria na possibilidade de atuação de ofício do juiz, já vedado pelo princípio em comento.

No art. 317 do anteprojeto do CPC, é possível encontrar momentos de imprecisão em relação à redação da lei. Uma visão clara disso se apresenta no Inciso I: “manifestamente improcedente o pedido”. Muitas são as dúvidas que surgem sobre essa passagem. Não fica claro que tipo de pedido se trata e nem sobre o que seria “manifestamente” no tocante à verificação legal. Para essa aplicação, despenderia uma carga valorativa desmesurada do juiz, o que, como já acima citado por Jose Chiovenda, fere gravemente o princípio dispositivo.

Além disso, ao abordar no art. 317 do anteprojeto do CPC o redação de que “desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do STF ou STJ, sumulado ao adotado em julgamento de casos repetitivos”. Isso confere uma enorme aplicação prática para um juiz. O magistrado terá que ter essa percepção na aplicação da lei sobre o que seriam os casos repetitivos no entendimento das Cortes Superiores e, ademais, qual seria o momento de enquadrá-los nos entendimentos já concretizados. É indene de dúvidas que a carga valorativa do juiz nesse momento será algo incompatível com o seu direito-dever de intérprete e aplicador, sendo, portanto, atribuído a ele uma função extra judicial, uma discricionariedade fora dos parâmetros legais de aplicação.

Destarte, não obstante a observância aos poderes instrutórios do juiz, não é correto considerar a atividade arbitrária como uma função do juiz. Isso garantiria

---

<sup>13</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; BARROS, Mariana Carneiro de. Os poderes do juiz e seus limites: uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 143.

insegurança jurídica à parte e rebaixaria a importância do princípio constitucional dispositivo o que, oportuno frisar, é proibido no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4. Análise do Anteprojeto sob a ótica do acesso à justiça

Há algum tempo, o conceito de “acesso à justiça” tem sofrido mudanças. Desde o século XVIII, no estado liberal burguês, “acesso à justiça” significa o simples procedimento de ajuizar uma ação e, portanto, de buscar a jurisdição do Estado. Esse é um conceito formal de acesso que surgiu num período em que o Direito era visto como um instrumento estatal para proteger tão somente os direitos individuais.

Com o crescimento da sociedade no liberalismo econômico, as relações coletivas passaram a ter tanta importância que os direitos e deveres sociais obtiveram uma maior visibilidade frente ao Direito estatal. Dessa forma, reconheceu-se “acesso à justiça”, como conceito material, aquele direito capaz de levar a jurisdição estatal a todos que tivessem seus direitos violados. Para as sociedades modernas, o acesso significa ter os direitos humanos efetivamente acessíveis a todos da coletividade. Nesse momento, surge uma necessidade de atuação positiva do Estado, a fim de garantir e salvaguardar direitos sociais básicos para toda a população.

Para tanto, afirmam Mauro Capelletti e Bryant Garth<sup>14</sup>:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Isso quer dizer que acesso à justiça não é apenas ter o direito a ajuizar uma demanda (conceito formal), mas é, também, o de ter o direito pleiteado analisado de forma igual entre os homens em vista das suas peculiaridades (conceito material).

Nesse diapasão, é oportuno relacionar o acesso à justiça efetivo com o julgamento *prima facie*, configurado no art. 317 do anteprojeto do CPC. Esse instituto que permite o julgamento liminar do mérito, com a prolação de uma sentença de total improcedência antes mesmo da citação do réu, pode limitar, sob a ótica do autor, a concepção material de acesso à justiça.

É indubitável que o acesso formal foi garantido, uma vez que o autor pôde ajuizar uma demanda, ou seja, pôde provocar a jurisdição estatal. Entretanto o efetivo

---

<sup>14</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. P. 12.

direito de acesso depende primordialmente de que o indivíduo tenha o seu mérito avaliado de forma individual e particular, assim como todos os que supõem ver seus direitos violados. Nesse liame, Nelson Nery Junior<sup>15</sup> preleciona:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.

Conseguir enquadrar o caso concreto perfeitamente ao art. 317 do anteprojeto do CPC é uma tarefa muito difícil, tendo em vista que não é possível identificar determinado direito que faria parte ou não de sua aplicação. De forma que a parte ajuíze uma demanda, sem sequer saber se vai sofrer o efeito de improcedência liminar do referido instrumento. Isso quer dizer que a parte autora precisa invocar o seu direito de ação para posteriormente verificar se vai poder ou não ter seu caso concreto analisado conforme suas peculiaridades. Isso é uma afronta ao acesso efetivo do indivíduo à justiça material. É o que afirma Nelson Nery Junior<sup>16</sup>:

Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.

Permite-se que o autor tenha o mérito de sua pretensão julgado liminarmente como improcedente, em nome da celeridade processual, abatendo-se a segurança jurídica. Proíbe-se que o autor tenha o seu pedido analisado conforme as peculiaridades do caso concreto. Peculiaridades essas que sequer podem ser apresentadas, porque há uma sentença antecipada no lugar de um curso regular do processo.

Através desse instituto de julgamento liminar, um indivíduo tem que estar em juízo para provar que ele tem o direito de continuar em juízo. Isso pode ser uma ameaça ao integral acesso à justiça, direito fundamental, expresso no art. 5º Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>17</sup>: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 175.

<sup>16</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 176.

<sup>17</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

## 5. O cumprimento do devido processo legal no julgamento *prima facie* do Anteprojeto

O Devido Processo Legal é um princípio constitucional previsto no art. 5<sup>a</sup>, inciso LIV da Constituição Federal de 1988<sup>18</sup> com a disposição de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para uma melhor compreensão sobre o que é o devido processo legal, Nelson Nery Junior<sup>19</sup> apresenta:

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do “devido processo legal” a publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como os postulados do juiz natural, do contraditório e do **procedimento regular** (grifo nosso)

Além disso, Nelson Nery Junior<sup>20</sup> ainda considera:

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”, como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas, *verbis*: a) **direito à citação** e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; [...] Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) **a igualdade das partes**; b) garantia do jus actionis; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório. (grifo nosso)

Nesse liame, como verificado na citação supra mencionada, é necessário que haja um procedimento regular e, por conseguinte, citação e igualdade entre as partes para obedecer ao devido processo legal.

No instituto julgamento *prima facie*, previsto para entrar em vigor no novo CPC, o procedimento regular é substituído por um julgamento liminar de mérito sob total improcedência sem mesmo que o réu seja citado. Nesse ponto, é imprescindível frisar que o autor, ao ajuizar sua demanda, não terá direito sequer de citar o réu, ou seja, de chamar a parte oposta para a lide processual e, com isso, terá seu mérito indeferido totalmente de maneira liminar. A relação jurídica, nesses casos do art. 317 do

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 79.

<sup>20</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 86-87.

anteprojeto, será formada apenas entre autor e juiz, procedimento este incompatível com o procedimento regular, no qual também há a participação do réu.

Essa antecipação no julgamento também traz uma improcedência total com relação à apreciação do mérito. O autor terá seu mérito avaliado antes mesmo de ter a oportunidade de levar a juízo a argumentação referente ao seu direito material. Uma eventual apelação, nesse caso, não ocorrerá para rediscutir uma parte do pedido que o autor considerou injusta, mas servirá para tentar provar o seu direito de ter a sua questão tratada em juízo.

Esse tratamento conferido a uma parte legítima, com interesse de agir sobre um pedido juridicamente possível não é compatível com o procedimento regular esperado. O devido processo legal é tão importante que é, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, quase uma fonte geradora de princípios. Isso quer dizer que lesionar o devido processo legal significa pôr em risco a possível violação a outros princípios constitucionais.

No tratamento atribuído ao autor é possível perceber uma violação, não apenas ao devido processo legal, como também ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal<sup>21</sup>, diante do qual fica determinado que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. O autor, portanto, em tese processual, terá um tratamento muito menos favorecido quando houver aplicação do art. 317 do anteprojeto do CPC.

Por fim, assevera Fredie Didier Jr.<sup>22</sup>: “Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. [...] O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder”. É inegável a importância e a necessidade de obediência a esse princípio, sob pena de causar uma inconstitucionalidade. Igualmente, é preciso reforçar a ideia de que a Constituição Federal é norma superior no ordenamento jurídico, não sendo, portanto, permitido que normas infraconstitucionais intentem para uma possível violação.

## Conclusão

Diante do exposto, reconhecemos a importância de medidas que visem a celeridade processual, desde que não violem a segurança jurídica, o acesso à justiça e a Constituição. Nesse contexto, foi designado o Ato nº. 379 de 2009 pelo Presidente do Senado Federal, que pretende estabelecer um novo Código Processual Civil, renovando

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>22</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12 ed. Bahia: Jus PODIVM, 2010. P. 41.

o instituto julgamento *prima facie* com o art. 317 do anteprojeto, possibilitando o julgamento de improcedência total antes mesmo da citação do réu.

Não se faz aqui uma negação à celeridade processual, aos valores constitucionais abarcados pelo processo civil a partir da Emenda Constitucional nº. 45, mas se defende a relevância ao cumprimento do dever social da jurisdição, que é o de levar justiça para todos em obediência ao devido processo legal, à segurança jurídica, aos princípios constitucionais e ao acesso à justiça.

A fuga da morosidade processual não pode se perpetrar em dispositivos como o art. 317 do anteprojeto do CPC, que traz dúvidas quanto aos seus próprios fundamentos. Mesmo porque, aplicar um dispositivo capaz de fazer coisa julgada nos moldes preconizados pelo instituto da improcedência *prima facie* pode ser um tanto quanto perigoso aos princípios supra mencionados.

Além disso, privar indivíduos do acesso material à justiça, mais do que incorrer na injustiça, é também ser anacrônico e voltar à época de aplicação do Direito no estado liberal burguês. O atual século XXI anseia por uma justiça igualitária ao alcance de todas as especialidades subjetivas.

Por fim, diante de todo o exposto, entendemos que o art. 317 do anteprojeto do CPC, se aprovado, quebraria princípios fundamentais à aplicação do Direito, tais como os do devido processo legal, da segurança jurídica, do acesso à justiça e do dispositivo. Princípios estes que devem ser observados em primaz consonância com as normas e princípios presentes na Constituição Federal.

Além do mais, a nova disposição do julgamento liminar em nada contribuiu para apaziguar as discussões acerca de uma eventual inconstitucionalidade do dispositivo 285-A, atual norma aplicável ao instituto.

### Referências Bibliográficas

- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; BARROS, Mariana Carneiro de. Os poderes do juiz e seus limites: uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 1212p.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum: ordinário e sumário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo I. 593p.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667p.
- BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Senado Federal. Ato nº 379 de 2009. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 06 abril 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, vol. 1. 566p.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.
- CHIOVENDA, Jose. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Madrid: REUS, S.A., 2000. 872p.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12 ed. Bahia: Jus PODIVM, 2010. 618p.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 163, nov. 2006. 322p.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 416p.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1. 652p.



## FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO JUSTO E SEU “DESPREZO” NUMA SOCIEDADE QUE TEM PRESSA

*Carla da Silva Mariquito*

Mestranda em Direito Processual na UERJ.  
Advogada.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O dever de fundamentar as decisões e sua evolução. 3. O processo justo e fundamentação das decisões judiciais. 3.1- O processo justo e sua relação com a fundamentação das decisões judiciais - um instrumento a viabilizar o contraditório participativo. 3.2- A fundamentação das decisões, a exigência de publicidade e a fiscalização do processo justo. 4. A fundamentação das decisões judiciais na sociedade contemporânea e a tendência de padronização decisória. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

### 1. Introdução

O estudo da evolução do Estado e seus reflexos no Direito é incrível. A intimidade existente entre cultura e processo aguça a curiosidade, conduzindo ao descobrimento das várias facetas que um mesmo instituto pode receber de acordo com o contexto social no qual está inserido e de acordo com a sociedade sobre a qual incide.

O cerne do presente estudo está na análise do dever de fundamentar as decisões judiciais, inicialmente norma infraconstitucional e atualmente elevada ao nível constitucional, como um dos componentes do processo justo e confrontá-lo com o intuito para o qual foi criado, qual seja controlar as arbitrariedades ocorridas no processo, em sua aplicação prática.

O Estado Democrático Constitucional exige que a atuação do aplicador do Direito esteja interligada às normas constitucionais. Por este motivo, a servidão do juiz à lei, quer dizer, a limitação do poder de interpretação judiciária que visava tão somente assegurar seu império<sup>1</sup>, deve ser substituída por uma conduta que exalte o contraditório,

---

<sup>1</sup>BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.89

que também atinge o magistrado, e que demonstre que as alegações das partes e suas provas efetivamente interferiram, influenciaram no livre convencimento judicial<sup>2</sup>.

Apenas pode-se obter certeza a respeito da observância do contraditório participativo e das demais garantias que formam o processo justo por meio da fundamentação das decisões judiciais, forte instrumento de segurança contra a arbitrariedade e o abuso no exercício do poder pelo juiz. Exige-se que as decisões sejam fundamentadas com base nas normas e valores constitucionais e não somente na intuição e opinião individual e sigilosa do magistrado.

Somente através do cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, seus destinatários poderão avaliar o grau de imparcialidade do magistrado, o respeito à igualdade de tratamento e principalmente se o contraditório participativo foi observado, dentre as demais garantias esparsas ao longo da Constituição, cuja observância fica evidente ao longo de uma fundamentação atenciosa.

Entretanto, esta ilustre garantia processual, na atual sociedade complexa de massas<sup>3</sup>, recebe a imposição de inúmeros óbices ao seu pleno desenvolvimento e observância. Fator que é intensificado pelo acolhimento no ordenamento brasileiro da perspectiva quantitativa de eficiência processual, o que remete o sistema à contração do acesso a justiça, deixando órfãos cidadãos que apenas dispõem do Poder Judiciário para socorrer-se na lesão, ou ameaça de lesão, ao seu direito fundamental.

Por fim, objetiva-se chamar a atenção para a grandiosidade desta garantia, que serve de instrumento para a aferição da observância das demais e que está ameaçada de perder-se diante da pressa constante em que vive a sociedade, focada em números e não na qualidade e peculiaridades da justiça a ser realizada no caso concreto.

## 2. O dever de fundamentar as decisões judiciais e sua evolução

---

<sup>2</sup>WANBIER, Teresa Arruda Alvim. **A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão.** In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, fevereiro/2009, p. 55.

<sup>3</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Democracia Moderna e Processo civil.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988: O autor observa que há na sociedade contemporânea uma “confusão de valores”. “A origem desta crise de valores que submerge a civilização ocidental está intimamente ligada a estas concepções políticas e a um fenômeno sem precedente na história humana, que é a chamada ‘civilização de massa’”. E continua a analisar a influência da sociedade contemporânea sobre a eficiência do processo: “Esta busca inconstante de justiça [nas sociedades de massa], que se reflete no Direito processual através de um fenômeno que se convencionou chamar de ‘efetividade’ do processo, ou ‘efetividade’ do direito, agrava-se em virtude de uma outra contingência peculiar à sociedade moderna, altamente complexa e moralmente desorientada, que é a crescente dependência dos esquemas e estruturas jurídicas a que o homem moderno está sujeito. Perdidas as referências comportamentais baseadas nos padrões religiosos e éticos, a ‘sociedade afluyente’ vê-se obrigada a orientar-se, cada vez mais, por meio dos preceitos jurídicos”

Não é necessário fazer uma digressão histórica sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais, tampouco discutir os reflexos de sua ausência ou insuficiência. Analisar-se-á apenas, a evolução da motivação das decisões judiciais até o nível constitucional, simultaneamente à evolução do Estado.

A evolução do Direito é pautada e inspirada pela evolução da sociedade. Existe uma relação íntima e circular entre a sociedade e o Direito, ambos influenciando-se respectivamente. Consequentemente, o Direito reflete as ideologias, anseios, e preocupações desta sociedade<sup>4</sup>, sempre e independentemente do período histórico analisado.

O dever de fundamentar as decisões judiciais não é recente, nem tem origem na Constituição Federal de 1988, ao contrário, existia antes mesmo de o Brasil configurar-se como Estado soberano, pois enquanto colônia regulava-se conforme as leis portuguesas da época<sup>5</sup>, o Código Filipino, que já previa tal dever, regulado por normas infraconstitucionais.

Apesar da emancipação política do Brasil, as normas processuais relativas a fundamentação das decisões judiciais não se afastaram das de Portugal<sup>6</sup>, que aqui produziam efeitos e mantinham sua natureza infraconstitucional, por meio de uma portaria de 31 de março de 1824. Assim, desde que não contrariassem a independência e soberania brasileiras, as normas portuguesas continuariam a ser aplicadas<sup>7</sup>.

O Regulamento 737 de 1850 pôs termo a dependência legislativa do Brasil em relação a Portugal, pois foi a primeira norma, genuinamente nacional, a determinar a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, prevendo no artigo 232 que

---

<sup>4</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas**, In: *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127/143: Nesta obra é importante a seguinte afirmação: “Quero aqui sublinhar uma constatação: se é verdade, consoante já disse Franz Klein há quase um século, que o direito processual é um espelho da cultura da época, isso se torna ainda mais evidente no campo das provas.” E continua: “Direi logo – antecipando uma elaboração posterior – que aqui, novamente, o processo se revela como espelho da cultura de uma época.”

<sup>5</sup> NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, páginas 27 e 28. (Coleção estudos de direito de processo de Enrico Tullio Liebman; 16)

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 1988, p.83. Ensina que o Código Filipino, que estatuiu a Ordenação do Livro, III, Título LXVI, § 7º, assim dispunha: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”. Destaque-se que ficava sujeito a pagamento de multa, em benefício da parte, o juiz que infringisse tal preceito.

<sup>7</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva 1990. vol I, página 52.

“a sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei”<sup>8</sup>.

De 1850 até 1939, os códigos de processo civil eram elaborados por cada estado-membro, nos limites da competência legislativa, e em todos o dever de fundamentação das decisões judiciais foi previsto. Com a elaboração de um Código de Processo Nacional em 1939, tal dever não foi abandonado, mas ainda era uma norma infraconstitucional.

O atual CPC de 1973, no artigo 131, dispõe que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Em ambos, CPC de 1939 e de 1973, o dever de fundamentação das decisões judiciais não se vinculavam ou submetiam as normas Constitucionais em sua aplicação, devido ao apego ao legalismo resultante do princípio da legalidade, soberano em tal período. Barbosa Moreira ensinou, com maestria, o âmago do dever de fundamentar as decisões ao dizer que “é preciso que o pronunciamento da justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado”.<sup>9</sup>

Neste sentido, Rui Portanova destacou que a vinculação do juiz e da sentença à lei são o objetivo final do processo, concretizando a atuação da vontade da lei, a segurança jurídica e a manutenção da ordem pública quando ofendidas pelo conflito. O fim da sentença e sua fundamentação é ‘restaurar o império da lei e do Direito objetivo’<sup>10</sup>.

A fundamentação das decisões judiciais visava, àquele tempo, garantir que a lei seria cumprida e o arbítrio do magistrado afastado, sua função era meramente técnica e sua razão ideológica.

A razão ideológica tem raízes profundas na necessidade de superar o *ancien regime*, para afastar o abuso do subjetivismo e arbítrio judicial que prevaleceram durante o absolutismo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 28.

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, Op. cit. p. 89

<sup>10</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 35 e36.

<sup>11</sup> GRECO, Leonardo, **Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile**. (CEDAM, Padova, 1975), 2005, In: *Revista de Processo*, ano 32, nº 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs.306/327

A função técnica proporcionava à fundamentação das decisões o aspecto de um mecanismo instrumental de fiscalização e de limitação dos juízes no exercício de sua função, ao conteúdo das leis afastando-os da subjetividade ou arbitrariedade, haja vista que a legalidade instruíra as condutas do Estado de Direito<sup>12</sup>.

A universalização do dever de fundamentar as decisões foi uma conveniência processual que visava simplificar a administração da justiça, a criação de precedentes judiciais e o controle das instâncias inferiores pelas superiores, analisada sob o enfoque endoprocessual<sup>13</sup>

Neste período de preponderância do positivismo jurídico o juiz era privado da atividade interpretativa, seu papel era apenas revelar a lei por meio de uma aplicação mecanicista. O positivismo jurídico caracterizava-se por uma premissa principal, qual seja a da plenitude do direito posto. Desta maneira, o juiz por subsunção, simples aplicação de um silogismo, seria capaz de solucionar quaisquer questões postas sob sua análise. Vista assim, a sentença era verdadeira equação matemática, consubstanciada num silogismo que se tornou insuficiente diante da realidade social e sua complexidade.

Tornou-se impossível ignorar o aspecto axiológico do Direito, principalmente, no momento das tomadas de decisão, bem como a complexidade das relações sociais e as implicações relativas ao Direito se comparado à democracia participativa e aos *hard cases*, para os quais direito posto não é pleno suficientemente para solucionar o conflito. O positivismo jurídico viveu sua crise e com ela a reformulação da forma de analisar e entender o dever de fundamentar as decisões judiciais.

Em meados do século passado, no conhecido período do pós-guerra, uma verdadeira revolução intelectual reformulou a visão e a concepção sobre o direito na maioria dos países. Tal revolução iniciada na Itália e na Alemanha deu origem a um novo período, genericamente chamado de pós-positivismo por superar o positivismo jurídico e o apego desenfreado às leis, gerando consequências até então inimagináveis para os cidadãos.

O pós-guerra é o marco histórico do desenvolvimento de uma teoria revolucionária. Surgiram as premissas do Estado Democrático de Direito, conceito mais

---

<sup>12</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 31.

<sup>13</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva. 2001, p.70. “Enquanto imposto a sentença pelo legislador ordinário, no código de Processo Civil, pode-se afirmar, de modo simplificado, que a obrigatoriedade da motivação da sentença tem também a cumprir uma função endoprocessual, que consiste essencialmente em permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores.”

abrangente, não mais sujeito à obediência cega da lei, mas obrigado à observância de outros critérios e à realização de valores, dentre eles o da soberania popular.

Inicia, como que em pequenas partículas, o Estado Democrático, que corajosamente busca a realização da justiça e não somente a vontade da lei, bem como dos valores de sua Constituição, novo núcleo do ordenamento jurídico,<sup>14</sup> daí decorrendo sua nomenclatura de Estado Democrático Constitucional.

A superação do positivismo conduziu ao abandono da preocupação com a correção formal da lei, ideal do positivismo jurídico e as atenções voltaram-se para o conteúdo da norma. Abriu-se espaço para uma nova forma de ver o Estado e a própria Constituição.

Para dar um passo mais adiante e entender como uma simples obrigação infraconstitucional transformou-se em uma garantia processual prevista na Constituição, é preciso rever rapidamente os principais inovações, fundamentos e escopos do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, também conhecido como Estado Constitucional de Direito, devido a algumas peculiaridades, desenvolveu-se sobre três pilares essenciais, quais sejam: *i*) o reconhecimento da força normativa da constituição; *ii*) a expansão da jurisdição constitucional; *iii*) desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional<sup>15</sup>. Para Barroso as mudanças enumeradas acima caracterizam apenas o marco teórico, que somados ao marco histórico e ao marco filosófico<sup>16</sup>, formam a base do neoconstitucionalismo.

A Constituição, conduzida ao centro do ordenamento jurídico, deixou de ser mera carta de recomendações para ocupar o mais alto posto de um ordenamento jurídico, às suas normas foi atribuído efeito irradiante, o que induziu à constitucionalização de todos os ramos do direito.

A importância atribuída ao conteúdo da lei e a aproximação entre Direito e ética materializaram-se em princípios, que abrigados na Constituição, sustentam sua força

---

<sup>14</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 56/57. “a ideia de que o *Estado Democrático de Direito* supera a antiga concepção de *Estado de Direito*, em que o fenômeno do poder era restringido pela Constituição, e a de *Estado Social* em que há um crescente volume de prestação do serviço público à população, para se transformar em um conceito mais abrangente, que não se limita a apenas à obediência do Estado à lei, mas à observância de critérios outros, à realização de valores a serem atingidos, principalmente o da soberania popular”

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> , acesso em 20/04/11.

<sup>16</sup> Idem.

normativa, logo a teoria dos princípios rompeu com a análise da legitimidade do Direito simplesmente pela observância de suas formas e da autoridade da qual emanou<sup>17</sup>.

Os princípios ultrapassaram a clássica característica de técnica de integração do direito, nas hipóteses de lacuna legal, para regular situações jurídicas. No neoconstitucionalismo, os princípios fazem circular valores éticos no ordenamento jurídico.<sup>18</sup> Os direitos fundamentais, sob o manto da denominação de princípios, correspondem às exigências morais contidas em seus núcleos<sup>19</sup>.

O Judiciário recebeu a máxima função de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição, cujos efeitos são imediatos. Logo, o Estado Democrático apóia-se na certeza de que qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito fundamental, encontrará no Judiciário a tutela jurisdicional capaz de lhe dar efetividade.

A técnica da ponderação sobrepôs-se como método de aplicação do direito, abandonado o silogismo matemático até então predominante. Ou seja, intérprete deve sustentar sua interpretação nos fundamentos constitucionais, bem como deverá utilizar fundamentos que não sejam casuísticos, com pretensão de universalidade, e considerar as consequências práticas de sua decisão<sup>20</sup>.

Neste ponto há a convergência entre a postura constitucional do Direito Processual e a importância do dever de fundamentação, que neste contexto é elevado a categoria de princípio constitucional.

A força irradiante da Constituição conjuga duas ideias importantes: consagra direitos fundamentais e providencia garantias para que estes sejam assegurados e efetivados “rumo àquilo que se pode chamar de constitucionalismo universal” para abranger o maior número de direitos possíveis<sup>21</sup>.

A constitucionalização do ordenamento infraconstitucional alcança uma amplitude imensurável e abrangente. A fundamentação das decisões judiciais foi realocada para o texto Constitucional. Mas isto não significa uma simples promoção de norma do ordenamento infraconstitucional para norma constitucional. Não se está a falar de hierarquia, mas de uma mudança na natureza do dever de motivação.

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 326 e 327

<sup>18</sup> Idem p. 318

<sup>19</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009. p.133 e 134

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 321

<sup>21</sup> RAMOS, João Palma. **Estado de Direito como Estado Constitucional**: o neoconstitucionalismo. In *Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo*: um conjunto de perspectivas. Coordenação: Bárbara Cruz et al, Coimbra: Almedina, 2011.

O artigo 93, IX da Carta Magna prevê a garantia constitucional obter do Estado as decisões judiciais e administrativas fundamentadas. E ainda que não estivesse prevista explicitamente, ninguém arriscaria negar que tal dever decorre logicamente do processo justo, ao assegurar as garantias fundamentais.

### 3. O processo justo e a fundamentação das decisões judiciais

#### 3.1 O processo Justo e sua relação com a fundamentação das decisões judiciais – um instrumento a viabilizar o contraditório participativo

A íntima relação entre processo e cultura<sup>22-23</sup>, termo de difícil definição, não pode ser desprezada, uma vez que os objetivos do processo são determinados de acordo com a cultura social predominante em dado momento e local. A escolha dos objetivos do processo serão eleitos e determinados considerando, essencialmente, a matriz ideológica que sobressai sobre a jurídica<sup>24</sup>.

O aspecto cultural de determinado povo apresenta-se nos valores que o ser humano agrega em seu subjetivo, mas também naquilo que a historicidade acumulada da sociedade lhe transmite, sendo afetado pela passagem do tempo e pela alteração dos costumes adotados em certa sociedade<sup>25</sup>. Inevitavelmente, aqueles que recebem a incumbência de elaborar as leis deixam transparecer em seu conteúdo, a cultura da sociedade que representa.

Na cultura neoconstitucionalista o sentimento constitucional ganhou amplitude. Sob os efeitos desta revolução intelectual, o conteúdo das normas passa a ser influenciado pelas aspirações constitucionalistas.

Os valores e as ideologias da pós-modernidade exercem um poder de manipulação sobre o Processo Civil, que é transpassado pelas normas contidas em tratados internacionais, em Constituições e ordenamentos estrangeiros, e principalmente pela Constituição nacional. O processo brasileiro recebeu um novo contorno a partir do

---

<sup>22</sup> REALE, Miguel. **Conceito de Cultura:** seus temas fundamentais. IN: REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.1: “A primeira questão que merece nossa atenção é quanto à amplitude da palavra ‘cultura’, já em si mesma multívoca e polêmica, não havendo conceito dela que possa ser acolhido sem reservas ou fortes contraditas.”

<sup>23</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.27: “é difícil escapar à conclusão de que a palavra ‘cultura’ é ao mesmo tempo ampla demais e restrita demais para que seja de muita utilidade”

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso**. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 189/211

<sup>25</sup> JOBIM, Marco Félix. **Culturas, escolas, e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25 e 26.

artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>26</sup>, das Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana e no artigo 111 da Constituição Italiana.

O Processo Civil abandonou sua postura de simples ferramenta, mera técnica vazia de significado, para incluir, assegurar e observar garantias fundamentais, o que significa ir muito além de apenas conformar-se às normas constitucionais para empregá-las no exercício da jurisdição, devendo ser visto como o direito constitucional aplicado<sup>27</sup>.

A conexão entre a Constituição e o Processo amplia-se no tempo e no espaço, recebendo grande importância em todos os setores do ordenamento jurídico. Exige-se, segundo Mitidiero, uma “postura constitucional de processo” na qual o devido processo legal, é o modelo mínimo de processo equo, de cuja fiel consecução depende a própria obtenção da justiça através do processo, pois somente um processo justo pode produzir decisões justas<sup>28</sup>.

O sistema processual é tutelado por uma série de princípios e garantias constitucionais tidos como padrões a serem atendidos pelo legislador, ao estabelecer normas processuais e pelo intérprete (notadamente o juiz) encarregado de captar o significado de tais normas, conforme Dinamarco<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> **CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf) Acesso em 26/08/11. Artigo 6º- Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** In: *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2011, p.139/150.

<sup>28</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39 *et seq.*

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** vol.I, 5ª Ed. Malheiros. 2005. p 213.

Existe uma eficácia processual nos direitos fundamentais, por meio do qual o princípio constitucional fundamental do processo civil, base comum de todos os princípios e regras que dele derivam-se, é o devido processo legal, importado da expressão inglesa *due process of Law*, expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, LIV. Nery ensina que, a doutrina brasileira tem interpretado e empregado o devido processo legal sob seu viés processual, *procedural due process*, o que trouxe maiores repercussões para o devido processo legal sobre o direito processual<sup>30</sup>.

Em referência mais adequada ao contexto jurídico atual, Leonardo Greco afirma:

Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.<sup>31</sup>

Há uma certeza: o dever de fundamentar as decisões judiciais é uma das garantias fundamentais que integra o conteúdo mínimo para que se efetive um processo justo.

Reflexamente, há a necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva, que assegure os direitos fundamentais aplicáveis ao processo. A tutela jurisdicional efetiva é muito mais que uma simples garantia, é um verdadeiro direito fundamental que deve ser irrestritamente assegurado, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, a este respeito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina:

Em razão disso, essa manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizado sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma

---

<sup>30</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais. 2010. p. 79

<sup>31</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo**: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 225 *et seq.* (Coleção José do Patrocínio).

estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal).<sup>32</sup>

A efetividade da tutela jurisdicional está estritamente ligada à observância do processo justo seus desdobramentos, dentre eles o dever de fundamentar as decisões judiciais. Quanto ao tratamento processual das garantias constitucionais, o Direito Processual deve disciplinar o exercício da jurisdição por meios que garantam a mais ampla efetividade do processo, maior alcance prático e o menor custo possível, de modo proteger de forma concreta os direitos dos cidadãos<sup>33</sup>.

A sistemática adotada por meio dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, por si só, tornaria dispensável a previsão do artigo 93, IX da Constituição, que explicitamente prevê o dever de fundamentar as decisões judiciais, podendo ser detectada dentre o conjunto de garantias que formam o processo justo.

O constituinte originário ao realocar tal garantia fundamental para espaço em que trata das decisões, judiciais ou administrativas, visa enfatizar sua preocupação com esta garantia fundamental, merecedora de maior destaque.

O processo justo é um conceito em construção, não existe abstratamente, dependendo de cada circunstância do caso concreto para ajustar-se às garantias processuais necessárias. Doutrinariamente, não há consenso em relação a quais garantias estariam inseridas no conceito de processo justo, mas é certo que existe um conteúdo mínimo sem o qual a norma constitucional estaria inviabilizada<sup>34</sup>.

A doutrina clássica brasileira, representada na obra de Nelson Nery e Leonardo Greco, oferece um panorama dos elementos mínimos do processo justo em nosso país. Nery demonstra quais, em sua concepção, são os elementos que compõem o devido processo, incluindo entre eles a motivação das decisões judiciais e administrativas<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito**. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

<sup>33</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p.225 *et seq.* Como reveladoras do conteúdo de normas inscritas na nossa Constituição, ainda que detalhadas em muitos aspectos em tratados internacionais ratificados, a eficácia das garantias penetra sobre o processo codificado por força da supremacia das normas constitucionais, afastando quaisquer disposições com elas incompatíveis.

<sup>34</sup> Cf: ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Bahia: Jus Podivm, 2010, p.353 *et seq.* “Só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado”

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 98 *et seq.* “i) Princípio da isonomia; ii) Princípio do juiz e do Promotor Natural; iii) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; iv) Princípio do contraditório e da ampla defesa; v) Princípio da proibição de prova ilícita; vi) Princípio da Publicidade dos atos Processuais; vii) Princípio do duplo grau de jurisdição; viii) Princípio da motivação das decisões

Greco, apresenta os elementos integrantes do processo justo que são capazes de conduzir a um processo que absorva e reflita as garantias fundamentais e as divide entre garantias individuais e garantias estruturais, estando neste grupo a garantia da motivação das decisões<sup>36</sup>.

A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia inconteste do processo justo, que contemporaneamente se busca, passando-se a examinar processual e individualmente a fundamentação das decisões, como importante elemento do processo justo.

De acordo com Didier, que prefere considerar abstratamente o termo “decisão judicial”, dada a indefinição terminológica do ordenamento, seja no CPC, seja na CF, que ora utiliza sentença com espécie, ora como gênero, analisar-se-á neste ponto - sem entrar em discussões sobre a teoria dualista ou unitária, por não interessar discutir se ao juiz é permitido criar a norma ou não - os elementos da decisão judicial<sup>37</sup>.

Sendo certo que este estudo não é o local adequado para tratar da teoria da decisão judicial, tendo em vista as peculiaridades e as discussões totalmente distintas de seu objetivo, considerar-se-á os elementos da decisão judicial, previstos no artigo 458 do CPC e não as demais matérias que decorrem do estudo desta teoria. Este artigo apresenta os elementos da decisão judicial, quais sejam relatório, fundamentação e dispositivo.

Primeiro é preciso conceituar o que se entende por fundamentação, deixando-se de lado os demais elementos. A atenção estará depositada sobre a *mens legis* constitucional que interage com a infraconstitucional, de modo que a fundamentação das decisões esteja alocada dentre as garantias do devido processo legal<sup>38</sup>.

---

judiciais e administrativas; ix) Princípio da não presunção e não culpabilidade; e x) Princípio da celeridade e da duração razoável do processo.”

<sup>36</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p.225 *et seq.* “garantias individuais : i) Acesso amplo à Justiça por todos os cidadão; ii) Imparcialidade do juiz; iii) Ampla defesa; iv) Direitos do pobre; v) Juiz natural; vi) Inércia; vii) Contraditório; viii) Oralidade; ix) Coisa julgada; x) Renúncia à tutela jurisdicional e garantias estruturais: i) Impessoalidade da jurisdição; ii) Permanência da jurisdição; iii) Independência dos juízes; iv) Motivação das decisões; v) Igualdade concreta; vi) Inexistência de obstáculos ilegítimos; vii) Efetividade qualitativa; viii) Procedimento legal, flexível e previsível; ix) Publicidade; x) Legalidade estrita no exercício do poder de coerção; xi) Prazo razoável; xii) Duplo grau de jurisdição; e xiii) Respeito à dignidade humana.”

<sup>37</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v.II, 6ª Ed. Bahia: 2011, página 289 *et seq.*

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 327 “Em síntese, o dever de motivação judicial das decisões: i) é uma garantia contra o arbítrio; ii) serve como garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismos); iii) possibilita as partes conhecerem os fundamentos da decisão, e com isto, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; iv) contribuiu para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas.”

Didier e Barbosa Moreira concordam que o juiz na fundamentação, mais do que analisar, deve resolver, questões de fato e de direito. Portanto, fundamentar significa dar as razões, de fato e de direito, que conduziram o magistrado até aquela decisão, devendo existir uma exteriorização da base fundamental da decisão do juiz, como meio de comprovar o distanciamento judicial de arbitrariedades e subjetivismos<sup>39</sup>.

Pode significar também, conforme Dinamarco, o enunciado das razões em que se apoiará a decisão da causa, “o eixo imaginário” que vai da *causa petendi* à motivação da sentença, passando pelos fundamentos da defesa. A motivação está para a sentença assim como a causa de pedir está para a demanda inicial e as razões de defesa para a contestação. As *razões de decidir* constituem acolhimento das razões de uma das partes e da rejeição de outras, segundo o entendimento do juiz determinando a decisão<sup>40</sup>.

Esta garantia tem duas exigências a atender, uma relativa às partes e ao público e outra relativa ao juiz. Respectivamente, aquelas têm o direito de conhecer as razões que motivaram a decisão e de verificar a consistência dessa fundamentação, viabilizando se o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada, a mais justa e imparcial possível, já o juiz tem o dever de examinar todos os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes<sup>41</sup>.

A função do dever de fundamentar varia quando considerada relativamente às partes ou ao juiz e o Judiciário. Quanto às partes o dever de fundamentar as decisões judiciais terá a função de persuasão, ou seja, deverá convencê-las a respeito da justiça da decisão; deverá ser clara o suficiente para, de modo que seus defeitos possam ser facilmente observados e impugnados; e individualizar o conteúdo e o alcance das decisões. Em relação ao juiz, a função, é proporcionar ao tribunal, em uma situação de recurso, a possibilidade de bem avaliar o conteúdo da fundamentação e decidir se vai ou não reformá-la. Do mesmo modo, a fundamentação exerce uma função muito importante com relação a formação e uniformização da jurisprudência<sup>42</sup>.

Toda manifestação jurisdicional deve ser motivada, apresentar justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciar o respeito ao contraditório participativo, o que se dá através do exame e consideração de todas as alegações e provas produzidas pelas partes.

---

<sup>39</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. . Op. cit. p. 291; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, In: *Temas de Direito Processual* - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. IV, 4ª, ed. Malheiros. 2004. p 661 *et seq.*

<sup>41</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p 225 *et seq.*

<sup>42</sup> GRECO, Leonardo. **Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile.** (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, nº 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs.306/327

Exemplo clássico das consequências nefastas do desprezo do dever de fundamentar para um processo justo, é o julgamento dos Embargos de Divergência em REsp nº 319997-SC, 2001/0154045-5, Min. Relator: Francisco Peçanha Martins - Primeira Seção, publicado em 02/02/2004, no qual o ministro Humberto Gomes de Barros manifestou-se de forma contundente e contrária a todas as justificativas da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais<sup>43</sup>.

Embora possa-se pensar que este foi um posicionamento isolado e ultrapassado, recentemente, no julgamento da Reclamação 10.793/SP, a Ministra Ellen Gracie afirmou que “A partir da Emenda Constitucional nº 45, é o Supremo Tribunal Federal quem diz o que é Direito no País”<sup>44</sup>. É exatamente este tipo de comportamento arbitrário que o Direito, na realidade do contraditório participativo busca afastar. É preciso manifestar o repúdio que decisões sem fundamentação, incluem-se as com fundamentação insuficiente, devido à evolução histórica e origem desta garantia<sup>45</sup>.

Superada a análise a respeito dos deveres e funções da fundamentação das decisões e sua contribuição para a constituição de um processo justo Leonardo Greco ensina:

---

<sup>43</sup>BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2001/0154045-5&dt\\_publicacao=07/04/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2001/0154045-5&dt_publicacao=07/04/2003)> Acesso em 10 de agosto de 2011: “Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênica de S. Exa. Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênica ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. Muito obrigado.”

<sup>44</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (STF) – Pleno Rcl. 10.793/SP, Rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 06/06/2011, p. 16 de 28 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1215183>> Acesso em 16/09/11.

<sup>45</sup> O tema é tamanha importância, que o Supremo Tribunal Federal, reconheceu Repercussão Geral nos Recursos que versarem sobre fundamentação das decisões judiciais, conforme a seguinte ementa do Tema 339: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu a questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência da Corte e negar provimento ao recurso extraordinário, aplicando-se o artigo 543-B do Código de Processo Civil [...]” Cfr.: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339>> Acesso em 30/06/11.

A fundamentação não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas.<sup>46</sup>

Assim destacou a relação entre contraditório e fundamentação da sentença. No passado, o contraditório era apenas um princípio a reger a relação processual, a exigir a observância da bilateralidade da audiência, da oitiva das partes e principalmente, era o direito de informar-se a respeito da alegação da outra parte e contradizê-la, somente.

O contraditório tornou-se uma garantia sem a qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial, ou seja, em sua esfera de interesses, se impedido de influir eficazmente na formação de tal decisão, em igualdade de condições com a parte contrária.

Este é hoje o princípio mais importante do processo, devido a sua dimensão humanitária, capaz de abranger outros, tais como comunicação entre as partes e participação democrática no processo.<sup>47</sup> Atualmente é inconcebível entender o contraditório como a possibilidade de dizer e contradizer, sem que as alegações sejam efetivamente consideradas pelo magistrado na tomada de decisão.

É certo que pelo contraditório materializa-se o direito de as partes serem adequada e tempestivamente informadas, de modo a posicionar-se sobre cada questão de fato ou de direito relevante para a solução da controvérsia, e principalmente, o direito de pretender que o juiz considere, conheça de suas alegações, defesas e provas quando for prolatar a sentença, melhorando a relação entre as partes processuais, de modo a assegurar e desenvolver o diálogo.<sup>48 - 49</sup>

Leonardo Greco faz claro e preciso retrato da evolução do contraditório no último século, no qual o juiz e as partes são levados a construir conjuntamente a solução da causa, o que recebe a denominação de contraditório participativo. Esta nova visão do

---

<sup>46</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, página 271.

<sup>47</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 539 *et seq.*

<sup>48</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro**: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 2009, fevereiro p. 107/141.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A garantia do contraditório**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=368](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=368) acesso em 20/08/11: [O contraditório] “exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões.”

contraditório permite às partes a atuação a favor de seus interesses, impondo simultaneamente ao juiz uma postura receptícia. Consequentemente, as partes fazem suas alegações na certeza de que serão ouvidas e é por meio deste diálogo que a solução da causada será obtida. Assim, afirma o ilustre mestre:

Como diz Picardi, o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento. (...) Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais<sup>50</sup>.

“O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”<sup>51</sup>. Aquela é a dimensão formal<sup>52</sup> e esta a dimensão substancial.

A inovação está na dimensão substancial, as partes possuem o poder de influenciar a decisão do juiz, sendo esta a possibilidade de interferir com argumentos, ideias e fatos no desfecho que o processo terá. Este é o ensinamento de Humberto Theodoro e Dierle José Coelho Nunes afirmam:

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda (...) Impõe-se assim, a *leitura do*

---

<sup>50</sup> GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541 *et seq.*

<sup>51</sup> DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 13ªed. Bahia: Juspodivm. 2011. p. 56

<sup>52</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, José Carlos. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988: o ilustre professor, ao analisar a realidade sobre a qual as ideias de democracia participativa deve incidir afirma que embora representada por advogado, cujas manifestações correspondem às manifestações do litigante, este raramente terá contato com o processo. Demonstra seu inconformismo com esta “segregação” do litigante quando afirma: “Em tais condições, ou nos conformamos em atribuir ao termo ‘participação’ significado estritamente formal, sem qualquer compromisso com a realidade subjacente às fórmulas técnicas, ou então somos forçados a reconhecer que é mínima a participação dos litigantes no processo”.

*contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e no resultado do processo. (...) Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação<sup>53</sup>.

Ao juiz é imposta uma limitação: a de somente estar autorizado a decidir sobre questão de fato e de direito sobre as quais tenham as partes sido invocadas a manifestarem-se. Daí dizer-se que o contraditório gera a garantia de não surpresa. Desta maneira, a parte não será surpreendida por uma decisão judicial que inova quanto as questões de fato e de direito, sem que tenham sido convocadas a manifestarem-se anteriormente.

“Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício”.<sup>54</sup>

Sem adentrar na crise de representatividade atualmente vivida pela sociedade contemporânea, bastam algumas considerações. Calmon de Passos ensina que após a democratização do Estado, faz-se necessário democratizar a sociedade, e para isto apresenta como solução a democracia participativa, que busca restituir à sociedade o poder de controle.

É certo que o poder entregue a si mesmo, livre de controle ou estando este enfraquecido, como na democracia liberal, é passível de degenerar-se, oprimir, alienar-se. Desta maneira, a Democracia Participativa vem a ser a solução para controlar o poder que em nome do povo é exercido e, portanto por este deve ser controlado. Os mecanismos de controle exercidos pela sociedade civil não tem a pretensão de paralisar ou tornar inoperantes os poderes político e econômico, mas apenas almeja detê-los, quando estes forem exercidos de maneira ameaçadora, e assim conclui o autor:

a democracia participativa reclama: participação nas decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso as informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil. (...) Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de

---

<sup>53</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit. p. 107 *et seq*

<sup>54</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit. p. 125 “Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula por desatender ao princípio do contraditório [...] Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante de sua observância”

garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política.<sup>55</sup>

Importante demonstrar que o processo tornou-se o palco onde a democracia participativa terá mais condições de se desenvolver, pois a aproximação da matriz teórica ao direito processual permite uma valorização do contraditório, refletida no reforço da democracia participativa e consequentemente do processo justo. Tendo em vista a ampliação da cidadania processual<sup>56</sup>.

A democracia participativa é o cenário ideal para o desenvolvimento da dimensão extraprocessual<sup>57</sup> da fundamentação das decisões, neste caso, judiciais. Isto porque os destinatários da sentença são os advogados, as partes, os tribunais superiores a opinião pública, quer dizer, o povo. Se o poder é exercido em nome do povo, este tem o direito de conhecer e controlar as decisões proferidas em seu nome, neste ponto é efetivada “a garantia da controlabilidade democrática sobre a administração da justiça”<sup>58</sup>.

O contraditório é o “reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”.<sup>59</sup> O exercício democrático de um poder, exige a observância do contraditório, atualmente, com o sobrenome “participativo”.

Consequentemente, o dever de fundamentar as decisões, cuja observância é necessária para a efetividade de outras garantias fundamentais, tais como a análise e constatação da imparcialidade judicial, a contenção do arbítrio, o contraditório

---

<sup>55</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

<sup>56</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.151: “o processo no contexto pós-positivista é uma abertura a democracia, que também há de ser a finalidade do direito como um todo, já que é só no marco democrático que existe a possibilidade de um Estado de Direito constitucional.”

<sup>57</sup> V. AMORIN, Letícia Balsamão. **Motivação das decisões judiciais**. Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi; Kataoka, Flavio Galdino. (Org) Silvia Faber Torres, supervisora. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 849. “A falta de obrigatoriedade da justificativa externa como desdobramento do dever de motivar a decisão pode ensejar todos os perigos que já levantamento ao tratar da teoria do silogismo. Ora, principalmente nos dias de hoje, em que haja uma avalanche de normas indeterminadas e principiológicas, é possível que o magistrado ao decidir um litígio utilize essas normas sem sua devida justificação e concretização para encobrir um ato arbitrário, afinal, essas normas podem dar suporte a qualquer tipo de decisão. [...] Por isso, defendemos a necessidade da justificação externa, ou seja, o juiz deve concretizar tais normas demonstrando por meios técnicos argumentativos qual o entendimento jurídico dado a elas, caso contrário, não é dizer que a simples menção normativa (simples transcrição da premissa maior) é suficiente para cumprir o dever de motivar.”

<sup>58</sup> GRECO, Leonardo. **Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile**. (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs.306/327

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255 *et seq.*

participativo, dentre outras, tem caráter instrumental, fiscalizador, do dever de fundamentar as decisões judiciais para expurgar injustiças cometidas sob o manto do subjetivismo judicial. Os artigos 93, IX da Constituição Federal e 458 do Código de Processo Civil, deixam claro que o formalismo processual visto sob a égide do devido processo legal é “a domesticação do arbítrio estatal dentro do processo”.<sup>60</sup>

A exigência de que a decisão respeite o contraditório e a fundamentação, faz com que a decisão deixe de ser um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz. A relação entre estes princípios deve assegurar que a aplicação das normas jurídicas seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas, para que juntos construam a sentença e sejam capazes de alcançar a pacificação de seus conflitos<sup>61</sup>.

### **3.2 – A fundamentação das decisões, a exigência de publicidade e a fiscalização do processo justo**

A conjugação do dever de fundamentar as decisões com a possibilidade de a parte influenciar nesta decisão será aferida por meio da publicidade, que somente será implementada mediante a fundamentação. Ao impor transparência e permitir um maior controle sobre Judiciário, evitando decisões arbitrárias e que considerem as partes como meros atores, sem o direito de influência.

A fundamentação amparada pela garantia da publicidade mostra-se como instrumento de aferição da imparcialidade e independência judicial, bem como da certeza de que o diálogo será assegurado durante o processo, de forma a evitar surpresa, quer dizer decisões totalmente inesperadas pelas partes, caso suas alegações não sejam consideradas, ou decisões sejam tomadas sem seu conhecimento.<sup>62</sup>

Considerando que a fundamentação de uma decisão pode ter um aspecto revelador sobre a atuação das partes durante o processo, sua publicidade se apresenta como um mecanismo de verificação, de controle da aplicação e efetividade das demais garantias processuais, como a imparcialidade do juiz, o oferecimento de oportunidade ao autor e ao réu de manifestarem-se para demonstrar e comprovar suas alegações, a isonomia, a ampla defesa, dentre outras garantias do processo justo.

---

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83. “Dentro dessa linha de pensamento, reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de ‘máximas processuais’, diretas ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa”.

<sup>61</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo**. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 131-148.

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit. p.107, *et seq.* Cf. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 13ªed. Bahia: Juspodivm. 2011, p. 59,

A fundamentação das decisões judiciais é um espelho a refletir tudo o que ocorreu no processo, viabilizando uma avaliação do que até ali se desenvolveu. Possibilita analisar se o processo foi justo ou não, se as garantias fundamentais foram ou não observadas, mas de nada adiantaria tal função fiscalizatória, sem o dever de publicidade cumulativamente previsto no artigo 93, IX da Constituição. São, pois, garantias complementares.

“Vê-se logo a importância e a justificativa de uma investigação, dada a alta relevância do papel que, reconhecidamente, a fundamentação das decisões judiciais desempenha no Estado Democrático de Direito.”<sup>63</sup>

O primeiro requisito a ser observado é a imparcialidade do juiz, o qual deve ser estranho à pretensão, ao litígio e aos litigantes, legitimando a imperatividade dos atos e decisões estatais no exercício da jurisdição.<sup>64-65</sup>

Antonio Carlos Marcato ressalta a importância da imparcialidade judicial para desenrolar de um processo justo:

Realmente, se à parte é defeso valer-se de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida, deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução daquele, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção de propósitos, assim retribuindo à confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional; e essa retribuição pressupõe necessariamente que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a condução imparcial do processo<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX).** *Processo e Constituição : estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>64</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 185.

<sup>65</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo.* São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 389. Barbosa Moreira explica a seguir que a imparcialidade não é o distanciamento e indiferença do juiz, mas sim um zelo com o direito a ser aplicado: “Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe assegura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é direito no caso concreto.”

<sup>66</sup> MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3021>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

O que se busca por meio da imparcialidade do órgão julgador é a confiança depositada na justiça, por aqueles que a ela submetem suas pretensões. Sem a imparcialidade do juiz, o processo pode transformar-se em mecanismo de produção de injustiças que, no mínimo violarão a isonomia entre as partes, de distribuição de favores aos amigos ou ditos poderosos e a imposição de danos e prejuízos aos inimigos ou desvalidos.

Este, sem dúvida não é o escopo do processo constitucional que visa um juiz alheio a qualquer influência e independente, que se abstenha de julgar quando existam determinadas circunstâncias, taxativamente previstas, sob pena de, não o fazendo, poder ser recusado por qualquer das partes. O Juiz deve ser como um terceiro desinteressado, que atua simplesmente na busca da pacificação social.

Assim, os elementos da sentença relatório, fundamentação e dispositivo, permitem que uma sentença caracterizada pela imparcialidade seja perfeitamente identificada ao longo de sua estrutura lógica. Isto porque adotará os argumentos de uma das partes, dispensando aos argumentos contrários qualquer relevância, desprezando-os.

Por meio da regra impositiva da publicidade das decisões judiciais, será possível constatar e controlar, seja *inter partes*, seja por toda a comunidade, a verdadeira posição do magistrado ao proferir sentença, se parcial ou não. Nos casos onde forem violados o dever de fundamentação e/ou de publicidade, o próprio constituinte originário previu a sanção de nulidade para tais sentenças.

Teresa Wambier entende que qualquer mácula na atuação do magistrado que seja causa de impedimento à sua atuação, inclusive a prevaricação, a concussão e a corrupção do juiz, são situações capazes de gerar a rescindibilidade da sentença<sup>67</sup>.

A publicidade é o canal, o caminho, pelo qual a garantia de imparcialidade do juiz será verificada, nos termos acima expostos. Na verdade, a publicidade mereceria um estudo à parte tamanha a sua importância na aferição das garantias processuais, uma vez que proporciona uma maior transparência no exercício da função pública. Como um freio à arbitrariedade judicial, que tanto se deseja afastar, publicidade proporciona aos cidadãos brasileiros a experiência de uma garantia muito mais ampla e efetiva que a concedida na Europa e nos Estados Unidos, em termos comparativos. A publicidade é, certamente uma garantia democrática que atua sobre o exercício das funções judiciais.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6.ed. ver., ampl., e atual. de acordo com a Reforma Processual de 2006/200, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.373 *et seq.* (Coleção estudos de direito de processo de Enrico Tullio Liebman; 16)

<sup>68</sup> Cf. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 556 *et seq.*; DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. IV. 13ª ed. Bahia: Juspodivm. 2011. p. 60.

É preciso destacar que poder-se-ia traçar a relação entre a fundamentação da sentença e a publicidade com qualquer garantia integrante do processo justo. No entanto, a análise da imparcialidade e do contraditório, por meio da publicidade, permitem que as demais garantias, como paridade de tratamento, respeito à ampla defesa, dentre outras, sejam fiscalizadas, tendo-se em vista a correlação existente entre todos os elementos componentes do processo justo.<sup>69-70</sup>

#### **4. A fundamentação das decisões judiciais na sociedade contemporânea e a tendência de padronização decisória**

Verificada a importância do dever de fundamentar as decisões judiciais, analisadas as repercussões e correlações entre as garantias para um processo justo, é preciso vislumbrar as dificuldades que esta garantia encontra na sociedade pós-moderna para manter-se íntegra e fiel a realização de um processo justo.

A sociedade vive em constantes transformações e com elas o Direito. O que se extrai deste cenário é a necessidade e, simultaneamente, a exigência de velocidade. Barroso, em inspirada abordagem sobre o assunto, observa que a vida acelerada dos dias atuais repercute imediatamente no Direito<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**, In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.541 *et seq.*, Complementa: “Por outro lado, o contraditório participativo exalta a importância da oralidade, da publicidade e da fundamentação das decisões, como complementos necessários de um processo justo: a oralidade, como meio de comunicação humana mais perfeita e expressiva, nunca pode ser alijada, pois constituirá muitas vezes o único meio idôneo de influir eficazmente na decisão; a publicidade, pela transparência que confere aos atos processuais, como instrumento de controle social da atuação do juiz no cumprimento do seu dever de respeitar o contraditório participativo e de instaurar no processo um verdadeiro diálogo humano; e a fundamentação, porque, mais do que um mero discurso justificador *a posteriori*, é através dela que as partes e a sociedade podem aferir se o juiz efetivamente se deixou influenciar pelas alegações e provas oferecidos pelas partes, se ele não apenas ouviu, mas realmente escutou.”

<sup>70</sup> NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p 66. Estão perfeitamente entrelaçados o dever de fundamentar as decisões judiciais, dirigido aos juízes, e a democracia participativa, que estimula o cidadão a participar ativamente na tomada de decisões ou no respectivo controle destas. De forma que controle extraprocessual, exercido pelos jurisdicionados, faz surgir um sentimento de confiança na tutela jurisdicional, fortalecendo-a.

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> , acesso em 20/04/11. “Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe

Neste contexto em que as pessoas não dispõem de tempo, tem pressa e desejam eliminar seus problemas o mais rápido possível, confrontam-se o valor real e o valor atual da efetividade processual, intensificado pelo mau gerenciamento da administração da justiça e a intensificação de litígios. Há que se destacar que o processo passou a ser visto como um mal, cuja eliminação deve acontecer o mais rápido possível.

Existem dois pólos, aparentemente, opostos: um, a necessidade de garantir o processo justo, o qual somente será alcançado por meio da efetividade das garantias fundamentais processuais; outro, a intensa e frutífera sistemática de acesso a justiça, fomentada pela inércia dos demais Poderes, a fim de assegurar direitos fundamentais, que embora o texto da Constituição lhes empreste eficácia imediata, são abandonados e ignorados pelos responsáveis por sua implementação, principalmente após a redemocratização do Estado Brasileiro.

É gerado um conflito entre a efetividade das garantias processuais e o grande volume de demandas a serem analisados e julgados. Quadro que pode ser agravado quando se adota o modelo de efetividade quantitativa.

Nesta sociedade marcada pelos prefixos pré e pós, aludindo aos novos tempos, a contemporaneidade, vários fatores interferem na prestação jurisdicional, que também passa a refletir esta necessidade de velocidade. Ao mesmo tempo e em contrapasso, encontra-se o amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, que conseqüentemente, o sobrecarrega e imobiliza<sup>72</sup>. A eficiência do sistema processual não pode sobrepor-se a sua legitimidade, deve-se afastar a visão meramente utilitarista e de eficiência do sistema como fim a ser alcançado<sup>73</sup>.

Os tribunais nas sociedades contemporâneas mereceram destaque em estudo realizado por Boaventura de Souza Santos que constatou o que já se vem sendo afirmado ao longo deste trabalho: há, na realidade, uma seletividade no que diz respeito à eficiência, que beira a descaracterização conceitual e substancial de sua finalidade.

A falência do Estado Providência ocasionou severas consequências, inclusive, em seu desempenho, viabilizando altos níveis de desperdício e ineficiência:

---

bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.”

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade processo de conhecimento**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf)> Acesso em 10/08/11. “Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício a que, no limite, se tenda a ver a efetividade não como um meio, mas como um fim em si mesmo.”

<sup>73</sup> NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. **Eficiência processual**: algumas questões In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 169, ano 34, março/2009, p.117/139.

Por um lado, as medidas mais inovadoras para incrementar o acesso das classes mais baixas em breve foram eliminadas, quer por razões políticas, quer por razões orçamentais. Por outro lado, questionou-se o âmbito da tutela judicial, pois muitas vezes, apesar do seu alargamento, os tribunais continuaram a ser seletivos na eficiência com que responderam à procura da tutela judicial. Nuns países mais do que noutros, o desempenho judicial continuou a concentrar-se nas mesmas áreas de sempre. Além disso, o aumento da litigação agravou a tendência para avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa. Essa tendência fez com que a massificação da litigação desse origem a **uma judicialização rotinizada, com os juízes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.**<sup>74</sup> (grifos nossos)

Vive-se um movimento de retrocesso, onde é inegável que a consequência dos esforços para assegurar o acesso ao Judiciário nos últimos tempos é o demandismo, que para ser superado conduz a criação de mecanismos que desacelerem o acesso a justiça, conhecidos como súmulas vinculantes, uniformização de jurisprudência, adoção pelos tribunais de jurisprudência defensiva, sentenças-padrão, julgamentos por amostragem, entre outros. Isto porque a efetividade deixa de ser um meio e passa a ser o fim, completamente descaracterizada.

O processo, então, é avaliado por seu desempenho. A ética tem seu lugar usurpado pelas relações entre os elementos do sistema e a técnica deturpada de sua manipulação eficiente<sup>75</sup>. O efeito direto disto é a implantação no inconsciente coletivo de que “uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim perseguido e este fim é ele próprio desejável por produzir resultados que satisfaçam a uma finalidade mais geral”<sup>76</sup>, neste caso a celeridade.

---

<sup>74</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm) Acesso em 12/09/2011.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade processo de conhecimento**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf) Acesso em 10/08/11: “Na condição pós-moderna o resultado pode ser assustador: os padrões de avaliação, as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de se pautar por valores como o bem, o justo, a validade (axiológica material), para serem a s do útil, da oportunidade, da eficiência, da eficácia”.

<sup>76</sup> Idid.

A restrição do acesso a justiça somente será válido se desenvolver-se conforme as garantias fundamentais, respeitando-as<sup>77</sup>. É certo que o trâmite processual sofre defasagens e uma delas é o desprezo dispensado à fundamentação das sentenças, garantia processual espancada na prática, ou seja, longe do ambiente teórico.

O discurso de socialização processual está pautado numa preocupação do acesso quantitativo a justiça, ou seja, com a produção de uma justiça de alta produtividade, a níveis industriais, que longe da preocupação com o impacto decisório, busca desenfreadamente a rapidez processual, conduzindo a decisões judiciais distantes da realidade constitucional<sup>78</sup>. Assim explica Alvaro de Oliveira:

Nesse contexto, apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional.<sup>79</sup>

Não há dúvida: o conceito de efetividade foi distorcido em sua aplicação para satisfazer a necessidade de decisões judiciais rápidas, inconseqüentes e arbitrárias. A única preocupação reinante no inconsciente coletivo é com o tempo do processo e não com seu conteúdo justo e participativo ou não.

A eficiência do sistema processual pode ser aferida sob duas perspectivas, a quantitativa e a qualitativa<sup>80</sup>. A perspectiva mais adequada ao Estado Democrático é a qualitativa que busca implementar a qualidade das decisões e sua fundamentação, logo seriam utilizadas técnicas que prestigiam o processo justo e a participação democrática

---

<sup>77</sup> NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. **Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito** In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol IV. ano 03, julho/dezembro de 2009, Rio de Janeiro. “Como dito, o congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso. Entretanto, a grande maioria dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que impoem a busca de uma eficiência sem desrespeitar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.”

<sup>78</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**. In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 177, ano 34, novembro/2009. p. 09/46.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade processo de conhecimento**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf)> Acesso em 10/08/11.

<sup>80</sup> GRECO, Leonardo. **Resenha Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile**. (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, nº 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p.306/327.

das partes. Porém, esta não é a visão de eficiência processual adotada no sistema processual brasileiro, devido aos vários motivos já elencados.

Sob a perspectiva quantitativa, preponderante no sistema processual brasileiro a eficiência se definiria em termos de velocidade dos procedimentos, baixos custos, deixando de lado a qualidade do sistema processual e a qualidade de suas decisões.<sup>81</sup>

O professor Paulo Cezar afirmou com a plenitude e certeza que lhe é peculiar que “O importante não é utilizar a técnica processual simplesmente para a produção de uma grande quantidade de sentenças, mas sim visar a qualidade delas, ou seja: produzir sentenças justas”<sup>82</sup>.

Desta maneira a eficiência e celeridade tornam-se fins a serem alcançados pelo magistrado, cuja produtividade passa a ser cobrada, seja pelo conselho Nacional de Justiça, seja para fins de promoção na carreira, conforme artigo 93, II, ‘c’ da Constituição Federal. O magistrado, vendo-se, “soterrado”, “imobilizado”, cria mecanismos que facilitem sua empreitada.

Então surge uma das grandes violações à garantia de fundamentação das decisões judiciais, que sistemicamente afeta as demais garantias a ela correlacionadas. Trata-se da tendência a padronização de decisões, conforme afirma o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 87.574/SP:

A igualdade jurídica perante a lei não significa tratar todos da mesma forma, em todas as situações, desprezando as particularidades e especificidades das pessoas ou dos fatos; ao contrário, a padronização e a automatização das decisões, sem a devida individualização (da pessoa, da conduta e dos fatos que as cercam) é que macula o festejado princípio.<sup>83</sup>

Na realidade, há o julgamento de teses e não da causa.

---

<sup>81</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre *civil Law* e o *common Law* e dos problemas de padronização decisória.** In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 189, ano 35, novembro/2010. p. 11/52

<sup>82</sup> PINHEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A Ética e os personagens do processo.** In: JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; TERRA, Mairo (Coord) *Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.561 e continua o autor: “Assim, o processo passa a congregiar dois aspectos que se fundem: o plano técnico e o humano, ou ético, não para criar normas, mas para desvendá-las, aprimorá-las, interpretando-as na linha dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo moderno, que informam o estado democrático de direito”

<sup>83</sup> Cf. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 87.574/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008.

Uma verdadeira contradição a todo o processo evolutivo que conduziu à formulação de processo justo. Vive-se o processo justo na teoria, no mundo do dever ser, mas no mundo real vive-se uma afronta diária às garantias processuais, em nome de uma eficácia numérica, quantitativa, a seguir Carlos A. A. de Oliveira:

**A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este.** Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova [...]) **O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos.** O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade<sup>84</sup>. (grifos nossos)

Desconsidera-se a especificidade de cada caso. Especialmente, quando os tribunais, com vistas a uniformização da jurisprudência, criam teses que serão aplicadas indiscriminadamente a casos semelhantes, parecidos, mas não iguais<sup>85</sup>. Fere-se, frontalmente, a igualdade ao aplicar sentenças padronizadas ou “modelos” (facilmente perceptíveis na prática) a casos distintos.

A garantia processual de fundamentação das decisões judiciais é individual. Assim, distanciando das discussões sobre a inexistência e insuficiência da fundamentação, o certo é que cada caso individualizado merece uma análise individualizada.

---

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade processo de conhecimento**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf)> Acesso em 10/08/11.

<sup>85</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre *civil Law* e o *common Law* e dos problemas de padronização decisória**. In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 189, ano 35, novembro/2010. p. 11/52. “Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. infra)”

No ordenamento jurídico brasileiro atual, sob a influência dos valores constitucionais, não se admite qualquer situação na qual sejam proferidas sentenças padronizadas, sem a necessária vinculação e relação entre a sentença proferida e a análise das questões de fato e de direito na causa discutida. A apelação abaixo transcrita vem reforçar o que até aqui se discute:

1.A Meta 2, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, não constitui imposição ao magistrado de prolação de sentença, mas mera recomendação, sob pena de incorrer em inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais.2. Decerto, a denominada Meta 2 do CNJ, à luz da garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB), preza a celeridade na tramitação dos feitos judiciais, não a extinção dos processos a qualquer custo.3. *É inaceitável que tal ato sirva como subterfúgio para a prolação de sentenças padronizadas, destinadas apenas a diminuir o acervo do Judiciário, melhorando suas estatísticas, sem que se tenha verdadeira, adequada e eficiente prestação jurisdicional.* 4. Inobservância da norma do §1º. do art. 267 do CPC. [...] Nesse passo, não resta alternativa senão anular a sentença para determinar o prosseguimento do feito. Dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC.<sup>86</sup> (grifos nossos)

Ainda que as causas submetidas ao Judiciário fossem iguais, cada uma merece uma fundamentação que respeite as regras da Constituição e Código de Processo Civil, sob pena de grave violação à Constituição e suas normas.

Há uma verdadeira utilização mecânica de teses para bloquear o acesso à justiça, a exemplo dos artigos 285-A, 518, §1º do CPC. Na aplicação da tese não se busca a aproximação e comparação com o caso que a gerou, o chamado de paradigma,<sup>87</sup> assunto para outro estudo.

---

<sup>86</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, 0007984-07.2003.8.19.0202- Ementa Apelação; DES. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 02/08/2011 - Quarta Câmara Cível; Processual Civil - Apelação Cível - Ação Ordinária - Sentença de extinção do feito sem resolução de mérito - Meta 2 - Não Configuração do Abandono de Causa pelo Autor - Ausência de intimação pessoal - Cerceamento ao direito de acesso à justiça configurado - Sentença que se anula.

<sup>87</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Regime processual das causas coletivas** In: *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2011: “Por sua vez, Mariana França Gouveia defende a ideia de se conferir ao juiz instrumentos legais que lhe permitam gerir sua volumosa pendência de causas repetitivas, de sorte que se impõe ao juiz o dever de gestão, a agregação de causas e a fundamentação das decisões, a abranger as peculiaridades do direito que envolve todas as demandas de massa. Não se deve admitir a fundamentação por adesão, por remissão, ou aquela sintética, exigindo que a motivação destaque, com detalhes, as rationes decidendi, que poderão servir que poderão servir de suporte para outros casos que se fundamentem na mesma argumentação jurídica.”

Entretanto, Barbosa Moreira atenta para um fato importante. A responsabilidade desta conversão negativa na aplicação do princípio da eficiência, atualmente aplicada sob o enfoque quantitativo e que aparenta simplesmente servir para aumentar a funcionalidade das Cortes, não é de responsabilidade privativa dos magistrados, que ferem princípios para simplesmente julgar, “exterminar”, processos com indiferença e objetivando apenas melhorar as estatísticas da Corte.

Em contraponto apresenta, o autor, as conseqüência do princípio do contraditório participativo para as partes e seus advogados, afirmando “À sociedade assiste o direito de cobrar do juiz uma participação mais efetiva no processo; corre-lhe, em contrapartida, o dever de colaborar, pelas vias ao seu alcance, para facilitá-la e estimulá-la.”

É certo que os advogados são de extrema importância para o desenrolar do processo, pois eles oferecem ao juízo a maior parte dos elementos que contribuirão para a formação de sua convicção e vários outros importantes para a construção da decisão. O advogado deve informar o juízo, evitar mecanismos protelatórios, proceder com ética e lealdade, conforme seu estatuto. O que o Barbosa Moreira pretende demonstrar é que a atuação do advogado pode interferir diretamente na ação do magistrado<sup>88</sup>.

Há, inclusive, a possibilidade de se afirmar que o demandismo é fomentado por advogados que ignoram o dever de colaboração<sup>89</sup> e o fato de que todos os protagonistas devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá, assim como do processo a ser desenvolvido<sup>90</sup>.

Evitando entrar na seara de quem é o causador deste tormentoso dilema das decisões padronizadas - que em alguns casos não guardam qualquer pertinência com a causa ou que sequer apresenta fundamentos – é imprescindível buscar soluções que as combatam e lhes dispa do manto da arbitrariedade.

Fica uma última questão: haveria relação entre a violação do dever de colaboração pelas partes que, comumente, apresentam petições cujos arrazoados se alongam desnecessariamente, que misturam argumentos pertinentes e impertinentes, que invocam disposições legais e colacionam julgados sem importância para o caso, e a

---

<sup>88</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 391/392.

<sup>89</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Ensaio sobre o dever de Colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: *Revista de Processo*, ano 35, nº 190, dezembro de 2010 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 210/230.

<sup>90</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta**. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 38 (set/out 2010), *passim*.

violação à garantia fundamental do dever de fundamentar as decisões judiciais nos termos acima expostos?

## 5. Conclusão

O desprezo à fundamentação das decisões judiciais e a inobservância do contraditório participativo, aumentam sensivelmente o número de casos resolvidos e processos julgados. Porém, pacificação social fica apenas no plano teórico.

A utilização mecânica e genérica de teses para casos simplesmente parecidos, apresenta-se como elemento de bloqueio ao acesso à justiça, violando flagrantemente a Constituição Federal e pondo em risco a garantia processual fiscalizatória da ocorrência de um processo justo, a garantia da fundamentação das decisões judiciais.

É inegável que nos dias atuais ignora-se tal garantia para exterminar rapidamente o acervo de processos e assim oferecer à justiça brasileira o título de justiça célere. O problema é que não há qualquer preocupação com a justiça realizada no caso concreto. Busca-se a celeridade e eficiência a qualquer custo, mesmo que isto signifique renegar garantias constitucionais.

São prejudicadas todas as demais garantias e inclusive a implementação, no Brasil, de uma Democracia Participativa efetiva e real, pois se os tribunais continuarem a julgar teses, nenhum poder de influência terá o indivíduo na decisão a proferida visto que esta partiu de uma hierarquização que imobiliza, em vários aspectos, o processo justo.

Talvez tudo isto seja o reflexo da ausência de uma teoria de precedente voltada para as peculiaridades da cultura brasileira. Os mecanismos oferecidos pelo sistema do *Common Law* são imprescindíveis diante da sociedade massificada atual, entretanto, não se pode acatar, passivamente, a prática rotineira dos magistrados de padronizar decisões judiciais, sem considerar a *ratio decidendi*.

O processo justo somente será atendido quando as decisões judiciais considerarem todas as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação a observância de todas as garantias mínimas que o compõem.

Quanto a relação entre violação do dever de colaboração e a violação ao dever de fundamentar as decisões judiciais, há realmente uma relação. Pois a atuação advocatícia comumente conhecida como “método do conta-gotas” contribui em muito para a principal causa de violação ao dever fundamentar as decisões judiciais. Quanto maior o número de ações judiciais que subsistam alheias a todas as transformações analisadas neste trabalho, maior a mecanização e industrialização do Poder Judiciário.

## 6. Referência Bibliográficas

- AMORIN, Letícia Balsamão. **Motivação das decisões judiciais**. Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi; Kataoka, Flavio Galdino. (Org) Silvia Faber Torres, supervisora. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 849.
- ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Bahia: Jus Podivm, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- \_\_\_\_\_. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**, in *Temas de Direito Processual* - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Democracia Moderna e Processo civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo**. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> , acesso em 20/04/11.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Ensaio sobre o dever de elaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: *Revista de Processo*, ano 35, nº 190, dezembro de 2010 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 210/230.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 30/06/11.
- \_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2001/0154045-5&dt\\_publicacao=07/04/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2001/0154045-5&dt_publicacao=07/04/2003)> Acesso em 10 de agosto de 2011
- \_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/>> Acesso em 28/09/11.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

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

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em:

<[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf)> Acesso em 26/08/11.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Regime processual das causas coletivas** In: *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito.** In. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. I. 13ªed. Bahia: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. IV. 13ªed. Bahia: Juspodivm. 2011.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v.II, 6ª Ed. Bahia: 2011

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I 5ª ed., Malheiros. 2005

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. IV 5ª ed., Malheiros. 2005

\_\_\_\_\_. **Execução civil.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** In *Estudos de Direito Processual.* Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 225/286 (Coleção José do Patrocínio).

\_\_\_\_\_. **Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile.** (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, nº 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, págs.306/327

\_\_\_\_\_. **O princípio do contraditório.** In *Estudos de Direito Processual.* Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 54/556 (Coleção José do Patrocínio).

\_\_\_\_\_. **Instituições de Processo Civil.** vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Processo Civil.** vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. **Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX).** *Processo e Constituição : estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JOBIM, Marco Félix. **Culturas, escolas, e fases metodológicas do processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

- MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3021>>. Acesso em: 20 ago. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 39)
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. rev. , amp. e atual. . São Paulo: revista dos Tribunais. 2010. p. 79.
- NUNES. Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA. Alexandre Gustavo Melo. **Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito** In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol IV. ano 03, julho/dezembro de 2009, Rio de Janeiro.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Eficiência processual: algumas questões** In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 169, ano 34, março/2009, p.117/139.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A garantia do contraditório**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=368](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=368) acesso em 20/08/11.
- \_\_\_\_\_. **Efetividade processo de conhecimento**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf).
- \_\_\_\_\_. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. E ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação das sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A Ética e os personagens do processo**. In: JAYME. Fernando; FARIA. Juliana Cordeiro de; TERRA, Mairo (Coord) *Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

RAMOS, João Palma. **Estado de Direito como Estado Constitucional: o neoconstitucionalismo**. In *Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas*. Coordenação: Bárbara Cruz et al, Coimbra: Almedina, 2011.

REALE, Miguel. **Conceito de Cultura: seus temas fundamentais**. In: REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES. Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em:

[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)

Acesso em 12/09/2011.

TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso**. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual**. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 34, fevereiro/2009 p. 107/141.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 177, ano 34, novembro/2009. p. 09/46.

\_\_\_\_\_. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre civil Law e o common Law e dos problemas de padronização decisória**. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 189, ano 35, novembro/2010. p. 11/52.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta**. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, Vol. 38 (set/out 2010).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6.ed. rev., ampl., e atual. de acordo com a Reforma Processual de 2006/200, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, páginas 373 e 374. (Coleção estudos de direito de processo de Enrico Tullio Liebman; 16)

\_\_\_\_\_. **A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão**. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 2009, fevereiro p. 53/65.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

## LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES POR MEDIACIÓN:

### LA REALIDAD EN ESPAÑA Y PORTUGAL

*Cátia Marques Cebola*

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra onde também obteve a sua licenciatura em Direito. Professora na área jurídica na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal). Kursou o Programa de Mediação ministrado pelo *Harvard Negotiation Institute* da *Harvard Law School*.

**Resumo:** As especificidades dos conflitos familiares caracterizados pela sua inerente carga emocional e psicológica reclamam formas de solucionamento capazes de responder de forma adequada a esta conflitualidade. A mediação apresenta-se muitas vezes como uma via com maiores vantagens aplicativas que o próprio sistema judicial. O presente trabalho pretende analisar as valências deste mecanismo, estudando-se a sua implementação legal nos ordenamentos jurídicos espanhol e português.

**Resumen:** Las especificidades de los conflictos familiares caracterizados por su inherente carga emocional y psicológica reclaman formas de resolución capaces de responder de forma adecuada a esta conflictividad. La mediación presentase como una vía con mayores ventajas aplicativas que el propio sistema judicial. El presente trabajo pretende analizar las virtualidades de este mecanismo, estudiándose su implementación legislativa en los ordenamientos jurídicos español y portugués.

**Palavras-chave:** Conflito. Questões familiares. Mediação. Mediador.

**Palabras-clave:** Conflicto. Cuestiones familiares. Mediación. Mediador.

**Sumário:** 1. Consideraciones iniciales; 2. Especificidades y ventajas de la mediación familiar; 2.1. Ventajas aplicativas de la mediación familiar a nuevos ámbitos: las empresas familiares; 3. Legislaciones autonómicas en España de mediación familiar; 4. Derecho comparado: breve reseña; 4.1. El sistema público de mediación familiar en Portugal; 5. Consideraciones finales: retos de futuro en la mediación familiar; Referencias Bibliográficas.

## 1. Consideraciones iniciales

La existencia de conflictos entre seres humanos será tan remota como la propia historia de la humanidad. En efecto, la convivencia social hace surgir disputas de intereses antagónicos que reclaman su rápida solución. La mediación como forma de resolución de conflictos es frecuente a lo largo de la historia y de las culturas. Desde los tiempos bíblicos que las comunidades religiosas recurrían a la mediación para la solución de diferendos entre los ciudadanos<sup>1</sup>. Sin embargo, su institucionalización formal y afirmación en los actuales sistemas jurídicos, comienza en las sociedades modernas del siglo XX<sup>2</sup>.

En el ámbito civil la mediación ha adquirido un nuevo ímpetu en Europa con la publicación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil<sup>3</sup>, que establece el pasado 21 de mayo de 2011 como fecha de transposición por los Estados miembros de la Unión Europea<sup>4</sup>. Del análisis del panorama europeo en materia de mediación civil, se vislumbran dos caminos: por un lado, algunos Estados, como Francia, Bélgica y Portugal, han optado por introducir la mediación civil en sus Códigos procesales como fase previa al juicio, reglamentando la mediación prejudicial; por otro lado, Estados como Hungría, Lituania, Rumania, Eslovenia, Italia y más recientemente Grecia, han publicado leyes de mediación autónomas que reglamentan la mediación en términos generales.

Atendiendo al Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles español<sup>5</sup>, este país ha tomado este último camino, lo cual merece ser valorado positivamente. Restará saber cuándo se producirá la aprobación final de esta norma. Cumple aún referir que Cataluña ha aprovechado la Directiva para publicar la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, ejemplo que

---

<sup>1</sup> Y ni la literatura dejó de referenciar la mediación. Así, en la *Iliada*, Homero nos presenta Ideo como avenidor entre Héctor y Ajax, apuntando los adjetivos “«prudencia» y «sabiduría» como valores esenciales que debe poseer un mediador para lograr la necesaria efectividad del proceso”. También en la obra memorable de Cervantes, D. Quijote “refleja la actividad mediadora, componedora y juzgadora de quienes deben impartir justicia”. Y Shakespeare en su tragedia *Coriolano* atribuye a Menenio o papel de mediador para que busque un compromiso entre los tribunales de Roma y el general Coriolano, aspirante a cónsul. Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p. 32 y KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, traducción de CELER, Servicio Técnico de Traducciones, revisión de Felipe Sáez Fernández, S.A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 13.

<sup>2</sup> Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª edición, Jossey-Bass, São Francisco, 2003, p. 23.

<sup>3</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008 (referencia L 136).

<sup>4</sup> Sobre este documento comunitario, ver, entre otros, CASADO ROMÁN, Javier, “La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, Año XXXI, nº7419, 8 de junio de 2010, pp. 9-12.

<sup>5</sup> Aprobado en España por el Consejo de Ministros en el día 8 de abril de 2011 y cuyo Anteproyecto fue presentado por el Ministerio de Justicia español el 19 de febrero de 2010. Ver el siguiente enderezo electrónico accedido el día 10 de septiembre de 2010, <http://www.ase mip.org/wp-content/uploads/2010/03/Gob-NP-Anteproyecto-Ley-Mediaci%C3%B3n-190210.pdf>.

no debiera ser imitado para evitar que exista en cada Comunidad Autónoma una ley de mediación, situación que ciertamente pondría en grave riesgo la deseada uniformidad en este ámbito.

El Informe del CEPEJ relativo a la eficiencia y calidad de los Sistemas Judiciales Europeos concerniente al año de 2008 (y publicado en 2010) da cuenta de que en 23 países la mediación es propuesta por el juez o vinculada a un proceso en tribunal y en 27 países la mediación es promovida por un mediador privado<sup>6</sup>. Residualmente la mediación era aplicada por autoridades públicas, por el propio juez o por el Fiscal.

Como forma de promover la implementación y aplicación de este mecanismo consideramos oportuno que todos los Estados miembros publiquen una ley exclusivamente dedicada a la mediación, con la previsión de los aspectos más relevantes y que se aplique a la mediación privada y a la mediación en el ámbito de un proceso judicial.

Esta fue la opción seguida en materia de mediación familiar en España, realidad que peca, todavía, de la inexistencia de una ley de rango estatal, consagrando cada Comunidad Autónoma su propia reglamentación. Sin embargo, la mediación en cuestiones familiares constituye el ámbito con mayores desarrollos legales y con una mayor y más consolidada experiencia en territorio español y por eso dedicaremos este trabajo a su análisis, otorgando preferencia a las especificidades de las cuestiones familiares y a las inherentes ventajas de este mecanismo. Abordaremos, también, una nueva problemática en esta sede, relativa a la resolución de conflictos en empresas familiares a través de la vía de la mediación. Presentaremos finalmente una reseña general de las leyes autonómicas en esta materia y del sistema público de mediación familiar en Portugal, puesto que constituyen dos modelos diferentes de aplicación de la mediación<sup>7</sup>.

## **2. Especificidades y ventajas de la mediación familiar**

En 1998, la Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación familiar, exhortaba a los Estados a aplicar la mediación reconociendo el número creciente de conflictos familiares y considerando la necesidad de asegurar la máxima protección de los intereses de los menores<sup>8</sup>. Ciertamente, la

---

<sup>6</sup> Cfr. CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010 (data 2008)*. Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 111.

<sup>7</sup> Véase nuestro trabajo “Los Sistemas de Mediación Pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 364-374.

<sup>8</sup> Este documento normativo surgió como consecuencia de las recomendaciones salidas de la tercera conferencia europea sobre derecho de familia, relativa al tema “Family Law in the future” que se celebró en Cádiz en abril de 1995 y ha constituido la base jurídica comunitaria para que los Estados-miembros

institución familiar se está viendo sometida a profundas transformaciones sustantivas verificándose un aumento del número de divorcios así como la reglamentación de nuevas “formas” de familia<sup>9</sup>. Dichas alteraciones fomentan y propician un incremento de conflictos familiares cuya resolución no sólo tiene que ser rápida (para que las consecuencias negativas en el seno de la familia sean las menores posibles), sino que fundamentalmente ha de ser adecuada a sus especificidades<sup>10</sup>.

Desde luego, los conflictos familiares conllevan una carga emocional y psicológica muy densa, toda vez que envuelven relaciones personales próximas cuyos lazos de sangre o afinidad exigen un tratamiento especial que podrá exceder el ámbito legal. Por otro lado, se presentan cuestiones de naturaleza íntima de cada sujeto, siendo poco deseable la publicidad de la esfera personal de los individuos, debiéndose garantizar sobremanera la confidencialidad del procedimiento de solución del conflicto.

En segundo lugar, los conflictos familiares no son de naturaleza estática, sino dinámica, estando sujetos a cambios. Como pone de manifiesto Raquel Luquin Bergareche, “lo que puede ser objeto de disputa en un momento determinado, puede no serlo después, y viceversa, pues las relaciones jurídicas sobre las que se sustenta el conflicto y la aparición en éste de nuevos elementos personales, relacionales, emocionales, nuevas circunstancias, etc., hacen que constantemente se ponga en entredicho el resuelto en un determinado lugar y tiempo con base en una «situación de hecho» que poco, o nada, tiene que ver, con la nueva realidad vivida”<sup>11</sup>. Los individuos que componen la relación familiar cambian su percepción del conflicto, incluso las emociones podrán variar. De esta forma, la solución del conflicto deberá poder adaptarse al mismo para responder a los cambios sufridos, lo que constituye una dificultad añadida en el caso del proceso judicial.

Por otro lado, las relaciones familiares propenden a mantenerse en el futuro. Incluso en los divorcios, si existieren hijos, los ex cónyuges tendrán que continuar relacionándose para la asistencia de sus hijos<sup>12</sup>. Así, es importante que el método de

---

promoviesen la mediación familiar en sus ordenamientos jurídicos. Así se verificó en España, cuyas leyes de Comunidades Autónomas, relativas a esta materia, señalan a esta Recomendación como fundamento de su regulación.

<sup>9</sup> Los nuevos modelos de familia son llamados por algunos “familias postmodernas”. Cfr. ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 40, 2002, p. 31.

<sup>10</sup> Respecto a las especificidades de los conflictos familiares y la inadecuación de los esquemas procesales, véase LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 44-50 y GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, “Mediación Civil. Mediación Intrafamiliar”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2008, pp. 1-33.

<sup>11</sup> Cfr. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 45.

<sup>12</sup> Sobre la mediación en el ámbito de la guarda y custodia de menores, véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, “Mediación y Guarda y Custodia de Menores”, *La mediación en materia de familia y derecho*

solución de conflictos familiares ayude a reducir el nivel de conflictividad mejorando, en lo posible, las relaciones personales entre los sujetos implicados.

Las especificidades relatadas anteriormente confirman los límites del sistema legal, basado en la aplicación de la ley, con evidentes dificultades operativas respecto a los sentimientos de los sujetos y de las relaciones futuras de los individuos. Un sistema asentado sobre la dicotomía vencedor-vencido difícilmente reducirá los niveles de agresividad entre las partes.

Por estas razones, exhortar la aplicación de la mediación en el ámbito familiar ha tenido tanta repercusión y este medio es el que mayor acogimiento ha logrado en el panorama jurídico<sup>13</sup>. Constituyendo la mediación familiar, como define la Recomendación R(98)1, en el preámbulo (punto 10), “el procedimiento en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes” son evidentes sus ventajas. Las técnicas inherentes a este mecanismo pretenden precisamente reducir el carácter conflictual del problema entre las partes, para que en el futuro los mediados puedan mantener sus relaciones. Añade, que el establecimiento de buenas relaciones permitirá la discusión de cambios en el acuerdo final de forma amigable. Además un principio central de la mediación es la confidencialidad, pudiendo garantizarse que los problemas de las partes no se divulgarán ni se harán públicos.

Resumiendo, y en palabras de la autora de referencia, trabajar el conflicto a través de mediación “proporciona en el ámbito de las relaciones familiares soluciones, no impuestas, sino pactadas entre los interesados en función de sus intereses y necesidades reales, más operativas y por consiguiente duraderas en el tiempo, más baratas y, lo que nos parece fundamental, emocionalmente menos traumáticas para todos los implicados en el conflicto y especialmente los menores, que el clásico proceso judicial de familia”<sup>14</sup>.

## **2.1. Ventajas aplicativas de la mediación familiar a nuevos ámbitos: las empresas familiares**

La flexibilidad de las técnicas e instrumentos de la mediación constituyen su máxima ventaja permitiendo la resolución de problemas distintos presentes en un mismo conflicto. De esto modo, su aplicación se va extendiendo a otros ámbitos en que

---

*penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 103-138.

<sup>13</sup> Analizando el impacto de la mediación familiar en el mundo, véase VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, n.º3, 2000, pp. 1793-1804.

<sup>14</sup> Cfr. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 47.

se interrelacionan diferentes materias. Un ejemplo que va ganando importancia en España actualmente, son los conflictos emergentes de las empresas familiares, cuya previsión expresa está presente en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana [art. 13, apartado 1, párrafo a)] y en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña [art. 2, apartado 1, párrafo r)].

En los conflictos en el ámbito de las empresas familiares, no obstante el carácter comercial del objeto de la materia, están subyacentes relaciones familiares. De hecho y como pone de manifiesto María Pérez Giménez, empresa familiar será aquella que sea propiedad de un grupo familiar y que todos o algunos de los miembros del grupo la dirijan de manera directa y efectiva<sup>15</sup>. Del análisis de este concepto percibimos que los elementos familiar y empresarial están en conexión, lo que podrá generar problemas en la resolución de conflictos emergentes en esta sede puesto que la solución convocará criterios de decisión de tipo económico y también personales y emocionales debidos al grado de parentesco entre las partes<sup>16</sup>.

Las concretas particularidades en esta materia reclaman instrumentos que permitan la resolución de posibles problemas de forma rápida, pero también de la forma menos conflictiva posible para que las relaciones entre los miembros de la familia se vean reforzadas, fortalecidas y concurran hacia una gestión próspera y positiva de la empresa. De este modo percibimos las ventajas de la aplicación de la mediación en este tipo de conflictos, concretamente a nivel de la concepción del *protocolo familiar* que estructura y organiza el grupo familiar especificando las condiciones para ser socio, posibles exclusiones y su participación en el capital o patrimonio de la empresa. En efecto, la mediación podrá crear las bases de diálogo y actitud comprometida para que los familiares analicen y determinen el futuro de la empresa y su gestión. La tarea del mediador se centra en gestionar la comunicación entre todos los familiares implicados, permitiendo que todos participen para que tengan la oportunidad de pronunciarse sobre aquellas cuestiones que puedan afectarles. El resultado será un pacto construido entre todos los familiares de común acuerdo que, por este motivo, estarán más predispuestos a cumplir.

### **3. Legislaciones autonómicas en España de mediación familiar**

---

<sup>15</sup> Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, nº9, 2010, pp. 997-1019. Sobre esta temática, véase, también, VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La mediación en la empresa familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soleto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 420-436.

<sup>16</sup> Indica María Pérez Giménez que “La empresa familiar plantea una intersección, no exenta de riesgos, de intereses personales, empresariales y familiares que se han de intentar compatibilizar previendo los posibles conflictos que puedan plantearse y adoptando medidas preventivas que eviten que aquéllos puedan surgir y condicionen la marcha de la empresa”. Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, cit., pp. 997-1019.

En España la reglamentación legal de mediación familiar está prevista en términos estatales y autonómicos<sup>17</sup>. A nivel estatal fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que alteró el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), concretamente en dos preceptos: en el art. 770, regla 7ª y art. 777, apartado 2, de la LEC, prescribiendo la posibilidad de que las partes de común acuerdo solicitaren la suspensión del proceso para someterse a un procedimiento de mediación<sup>18</sup>. Pero, antes de esta fecha, este medio ya daba frutos en algunas Comunidades Autónomas que, a luz de su competencia reguladora en materia familiar, publicaban leyes específicas en esta materia, como es el caso pionero de Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo<sup>19</sup>, hoy derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio<sup>20</sup>, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado<sup>21</sup>); de Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo<sup>22</sup>, desarrollada por el Reglamento 159/2003); de Valencia (Ley 7/2001, de 26 de noviembre<sup>23</sup>); de Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril<sup>24</sup>, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio<sup>25</sup>); de Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo<sup>26</sup>). Después de la ley estatal siguieron el ejemplo anterior Castilla-León (Ley 1/2006, de 6 de abril<sup>27</sup>, desarrollada por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo); las Islas Baleares (Ley 18/2006, de 22 de Noviembre<sup>28</sup>, derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre<sup>29</sup>); Madrid (Ley 1/2007, de 21 de febrero<sup>30</sup>); Asturias (Ley 3/2007, de 23 de marzo<sup>31</sup>); País Vasco (Ley 1/2008, de 8 de febrero<sup>32</sup>), Comunidad de Andalucía (Ley 1/2009, de 27 de febrero<sup>33</sup>) y finalmente Aragón (Ley 9/2011, de 24 de marzo)<sup>34/35</sup>. La Comunidad Autónoma de Cantabria, a semejanza de Cataluña, ha optado

---

<sup>17</sup> Comparando los dos niveles de reglamentación en términos de mediación familiar, véase CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, n.º15, 2010, pp. 1733-1794.

<sup>18</sup> Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Coord. Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, Sepín, Madrid, 2005, p. 1148. Sobre los infructuosos intentos de elaboración de una ley de mediación familiar, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, 1ª edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 240-242.

<sup>19</sup> BOE de 26 de marzo de 2001, con corrección de errores en BOE nº 3.548, de 8 de enero de 2002.

<sup>20</sup> BOE de 17 de agosto de 2009.

<sup>21</sup> Sobre la Ley de Cataluña de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, véase, entre otros, YSÀS SOLANES, María, “La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado”, *Actualidad Civil*, nº 13, 2010, pp. 1486 y ss..

<sup>22</sup> BOE de 2 de julio de 2001.

<sup>23</sup> BOE de 19 de diciembre de 2001.

<sup>24</sup> BOE de 5 de junio de 2003.

<sup>25</sup> BOE de 26 de julio de 2005.

<sup>26</sup> BOE de 25 de agosto de 2005.

<sup>27</sup> BOE de 3 de mayo de 2006.

<sup>28</sup> BOE de 29 de diciembre de 2006.

<sup>29</sup> BOE de 19 de enero de 2011.

<sup>30</sup> BOE de 27 de junio de 2007.

<sup>31</sup> BOE de 17 de julio de 2007.

<sup>32</sup> BOE de 18 de febrero de 2008.

<sup>33</sup> BOE de 2 de abril de 2009.

<sup>34</sup> BOE de 14 de mayo de 2011.

<sup>35</sup> Para un análisis específico de cada ley, véase PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 139-166.

por una ley general de mediación (Ley 1/2011, de 28 de marzo<sup>36</sup>), por la cual se reglamenta también la mediación familiar.

Ante este movimiento normativo se comprueba que la tendencia inicial ha sido que cada Comunidad Autónoma disponga de su propia ley de mediación familiar, incluso por la aplicación de las competencias de carácter autonómico en este ámbito<sup>37</sup>. Estamos con Sánchez Durán cuando afirma que debería dictarse una ley de rango estatal que estableciese una serie de principios generales y parámetros mínimos respecto de las cuestiones esenciales de la mediación familiar para posibilitar, además, la movilidad geográfica de los mediadores en el territorio español<sup>38</sup>. Por otro lado, y como pone de manifiesto Marta Pelayo Lavín, algunos “aspectos relacionados con la mediación son de naturaleza procesal, y al ser ésta una competencia estatal las CCAA no pueden legislar sobre estos puntos; con lo que se produce un vacío legal al respecto”<sup>39</sup>. Además este es el sentido de la Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Expondremos inmediatamente una breve reseña comparativa de las diversas leyes autonómicas españolas con el objetivo de percibir las líneas fundamentales de estas diversas normativas legales en materia de mediación familiar.

En lo que concierne al ámbito material de las leyes analizadas, Galicia (art. 6), o Madrid (art. 2) se refieren de modo general a conflictos familiares, sin especificar las materias abarcadas, al contrario que las Leyes de Valencia (art. 13), de Canarias (art. 3), de Castilla-La Mancha (arts. 3 y 4), de Castilla-León (art.3), de Asturias (art. 3), y de Cataluña (art. 2) que enumeran los conflictos familiares a que se aplican, como el divorcio o separación, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o el uso de vivienda familiar<sup>40</sup>. Consideramos que la mejor opción consiste en no concretar los conflictos abarcados, englobando de modo general las cuestiones familiares, puesto que estas materias no son estáticas, y se ven sometidas a cambios por las mutaciones sociales inherentes a la sociedad. De este modo, y para que no sea necesario cambiar constantemente la ley, es preferible una norma genérica en lo que atañe al ámbito de

---

<sup>36</sup> BOE de 26 de abril de 2011.

<sup>37</sup> En este sentido ver SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, inserto en la obra *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, de Lisa Parkinson, edición española de Ana María Sánchez Durán, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 314.

<sup>38</sup> Cfr. SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 346.

<sup>39</sup> Cfr. PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, cit., p. 141.

<sup>40</sup> Respecto a la aplicación de la mediación en el ámbito de las rupturas de pareja, léase PARRA GARCÍA, Jorge de la, “Mediación y ruptura de pareja: duelo y oportunidad”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 125-135.

aplicación, excluyéndose únicamente las materias que no sean susceptibles de aplicarse en este medio de resolución extrajudicial de conflictos.

En cuanto al mediador, las leyes autonómicas indican de forma detallada los requisitos para el ejercicio de esta actividad<sup>41</sup>. Además del requisito relativo a una formación específica en mediación familiar, todas prescriben la exigencia de que el mediador posea una formación básica universitaria. Sin embargo, las leyes de Madrid (art. 12) y Cataluña (art. 3) no especifican las licenciaturas exigidas, lo que es criticado por Marta Pelayo Lavín “puesto que abre el abanico a profesionales que no han tenido una formación al respecto (...) y puede que siendo tan generosos con el acceso a la figura del mediador no se formen auténticos profesionales”<sup>42</sup>. Las Leyes de Cataluña (art. 3); de Valencia (art. 7); de las Canarias (art. 5); de Castilla-La Mancha [art. 6, párrafo c)]; de Castilla- León [art. 8, párrafo a)]; de las Islas Baleares (art. 22, apartado 1) y de Asturias [art. 18, párrafo a)], circunscriben el acceso a la condición de mediador familiar a los que tengan título universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social y Educación Social<sup>43</sup>.

Una última exigencia recogida por todas las normativas analizadas afecta al Registro de Mediadores, cuya inscripción es condición de ejercicio de la profesión, lo que consideramos pertinente por constituir una forma de asegurar a las partes la calidad de los profesionales que llevan a cabo la mediación, permitiendo también de forma fácil la elección de un concreto mediador para la resolución de un conflicto familiar.

En términos procedimentales las diferentes leyes autonómicas apuntan tres posibles formas de inicio en la mediación familiar: (1) con una petición de ambas partes de común acuerdo; (2) a instancia de una de las partes con la posterior manifestación de aceptación de la otra<sup>44</sup>; (3) por indicación del juez con el consentimiento de las partes (en aras a observar el principio de voluntariedad)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> En lo que concierne a la figura del mediador familiar, véase BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 237-270.

<sup>42</sup> Cfr. PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, cit., p. 143. Criticando los criterios elegidos para decidir si una determinada formación o profesional habilita o no a la mediación familiar, véase SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 328.

<sup>43</sup> La Ley de Galicia no indica expresamente los títulos universitarios, si bien que exige en el art. 5 que sean expertos en “actuaciones psico-socio-familiares”.

<sup>44</sup> Estas dos primeras formas están prescritas en las Leyes de Cataluña (art. 12, apartado 2); de Galicia (art.12, apartado 1); de Canarias (art. 10); Valencia (art. 13, apartado 1); de Castilla-La Mancha (art. 16, apartado 1); de Asturias (art.10, apartado 1); y de Madrid (art. 16, apartado 1). La Ley de Castilla-León, art. 15, prescribe que “las partes en conflicto interesadas en iniciar un procedimiento de mediación familiar deberán instarlo de común acuerdo ante cualquier de las personas mediadoras inscritas en el Registro de Mediadores Familiares”.

<sup>45</sup> Esta tercera posibilidad, que se verifica en las Leyes de Cataluña (art. 12), de Galicia (art. 12), de Valencia (art. 13, apartado 3) o de Asturias (art. 10, apartado 1), presupone la suspensión del proceso

Iniciado el procedimiento de mediación deberá realizarse una primera reunión con ambas partes en la cual el mediador explicará las características, reglas y procedimiento<sup>46</sup>. Dicha reunión terminará con la firma de un acta en que los mediados expresan su voluntad de participar en la mediación y aceptan los deberes inherentes, como el deber de confidencialidad<sup>47</sup>, iniciándose posteriormente las sesiones de mediación con miras a la obtención del acuerdo entre las partes<sup>48</sup>.

El procedimiento de mediación terminará con la redacción de un acta final plasmándose o los acuerdos obtenidos o la imposibilidad de obtención de acuerdo, pudiendo en cualquier momento el procedimiento concluirse por desistimiento de las partes o por iniciativa del mediador. Las Leyes Autonómicas se pronuncian en el sentido de que el mediador ha de explicitar en el acta final las razones por las que no se llega a la obtención de acuerdo<sup>49</sup>, cuando sea éste el desenlace de la mediación, lo que nos parece que coloca al “mediador en una difícil situación respecto de su deber de confidencialidad, y puede tener un efecto de coacción sobre las partes”<sup>50</sup>. Por ello es positivo el cambio verificado en la Ley de Cataluña de 2009, en cuyo art. 18, apartado 2, refiere que “Si es imposible llegar a un acuerdo, debe levantarse un acta en que tan solo debe hacerse constar este hecho”.

En lo que concierne al acuerdo final, las Leyes de Mediación Familiar le otorgan unánimemente valor contractual<sup>51</sup>. Para que tenga valor procesal, la Ley de Cataluña,

---

judicial hasta la resolución del conflicto por mediación o hasta la conclusión de que el acuerdo entre las partes no es posible. Esta suspensión procesal también se verifica siempre que la mediación sea llevada a cabo por iniciativa de las partes durante un proceso judicial (art. 770 LEC).

<sup>46</sup> Dando cuenta de los objetivos de esta reunión inicial, véase las Leyes de Galicia (art. 13); Valencia (art. 16); de Canarias (art. 12); de Castilla- La Mancha (art. 18); de Castilla-León (art. 16), Asturias (art. 12) y de Madrid (art. 18, apartado 1).

<sup>47</sup> La Ley Gallega obliga, en al art. 13, apartado 4, a que el mediador elabore no solamente el acta inicial, sino también un informe en todas las sesiones de mediación que ocurran, dando cuenta de las circunstancias en que ha discurrido la misma, calificando la ley como infracción el incumplimiento de este deber. Consideramos que esta regla contraría el principio de confidencialidad que la misma ley prescribe en el art.11. Por otro lado, concordamos con Xulio Ferreiro Baamonde cuando afirma que las excepciones al principio de confidencialidad prescritas en el art. 11, apartado 2, de la Ley Gallega, son tal vez demasiado amplias “por la excesiva injerencia que se le permite al juez del proceso matrimonial en el ámbito de la mediación” (cfr. FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “La Ley de Mediación Familiar de Galicia, una década después”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 189).

<sup>48</sup> El número de sesiones depende de la complejidad del asunto, no pudiendo prolongarse por más de tres meses, con excepción de la nueva Ley de Cataluña que prevé un plazo de sesenta días hábiles (art. 17). En casos excepcionales, y justificados por el mediador, aquella duración podrá ser prorrogada. El plazo de prorroga será de tres meses en todas las leyes, con excepción de la Ley Valenciana que prescribe un plazo de dos meses más (art. 18), de la Ley de Cataluña que establece un plazo de prórroga de treinta días (art. 17).

<sup>49</sup> A título de ejemplo véanse las Leyes de Galicia (art. 15, apartado 3) y de Canarias (art. 12).

<sup>50</sup> Cfr. SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 328.

<sup>51</sup> Sobre los efectos jurídicos del acuerdo de mediación, véase ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, cit., pp. 1166-1167.

por ejemplo, prescribe en su art. 19, apartado 3, que el acuerdo puede ser incorporado a un proceso judicial, en curso o pendiente de inicio, para que sea ratificado y aprobado.

En términos de costes de la mediación familiar, en Cataluña, Galicia, Canarias, Castilla-León y Asturias es un proceso sufragado por las partes, salvo en los supuestos en que se le reconoce carácter de gratuito para las personas cuya situación económica lo justifique. En Castilla-La Mancha, el servicio especializado de mediación familiar que se presta por la Administración Regional, directamente, es gratuito y las partes que opten por acudir a la mediación familiar prestada por los Colegios Profesionales tendrán que abonar las tarifas que se establezcan por los mismos (art. 9).

De lo anteriormente expuesto se puede constatar que las Leyes de Mediación Familiar de las Comunidades Autónomas comparten similitudes en las cuestiones esenciales, no existiendo razones que justifiquen la existencia de una ley en este ámbito para cada Comunidad. Reiteramos por ello, la pertinencia de una ley estatal de mediación, abarcando las cuestiones familiares e incluso otras relativas a materias disponibles de derecho privado con aplicación en todo el territorio español.

#### **4. Derecho comparado: breve reseña**

En el inicio de los años 1970 en EE.UU. algunos abogados empezaron a ofrecer servicios de resolución no adversarial de conflictos en el ámbito del divorcio<sup>52</sup>. El concepto de “neutral attorney” que ayudaba las partes en una separación a resolver por ellas mismas las cuestiones patrimoniales y la custodia de los hijos, promovió que otros abogados aplicasen los principios de la mediación en esta cuestión familiar.

En 1939, California había establecido un servicio de conciliación vinculado a los tribunales judiciales, con el objetivo de intentar la reconciliación de los cónyuges y, en 1980, este Estado norteamericano fue el primer en consagrar que todos los padres deberían participar en una sesión de mediación familiar cuando existiesen conflictos relativos a la custodia o derecho de visitas de los hijos<sup>53</sup>.

El primero centro privado de mediación familiar se fundó en 1974 en Atlanta, Georgia, por O.J. Coogler, un abogado especializado en cuestiones familiares, impulsado por su propia situación personal de divorcio. En 1975, Coogler constituyó la *Family Mediation Association* (FMA), una organización interdisciplinar integrada por profesionales interesados en desarrollar la mediación en el ámbito del divorcio.

---

<sup>52</sup> Sobre la evolución histórica de la mediación familiar, ver FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 3-28.

<sup>53</sup> Cfr. FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, cit., p. 5.

Siguiendo el ejemplo de Coogler, otras entidades fueron constituyéndose, y hoy en día la mediación familiar es obligatoria en algunas cuestiones en casi la totalidad de los Estados norteamericanos<sup>54</sup>.

Canadá también introdujo en la década de 1970 la mediación familiar<sup>55</sup>. Howard Irving, terapeuta familiar y profesor de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Toronto, creó en 1974 un servicio de conciliación familiar para ayudar a parejas y a sus abogados a obtener acuerdos amigables. En la década de 1980 ya existían en Quebec diversos servicios públicos de mediación familiar, y en 1984 el Servicio de Mediación para la Familia se convirtió en un programa público y gratuito, con un equipo interdisciplinar disponible de forma permanente para los eventuales usuarios.

En Europa<sup>56</sup>, concretamente en Inglaterra<sup>57</sup>, el primer servicio de mediación familiar fue planeado en 1974 e inició su funcionamiento en 1978. En 1981 fue fundada una asociación de mediadores familiares para coordinar la formación y entrenamiento de mediadores, así como para establecer parámetros relativos a este mecanismo. El *Family Law Act* de 1996 ha consagrado la mediación familiar como medio de alcanzar los propios principios inherentes aquella legislación.

En relación al derecho comparado merece un apartado especial el modelo portugués de mediación familiar, por establecer en un sistema público con participación del Gobierno a través del Ministerio de la Justicia, tal y como veremos seguidamente.

#### **4.1. El sistema público de mediación familiar en Portugal**

En Portugal la mediación familiar está siendo aplicada desde la década de 1990, con la aparición en 1993 del Instituto Portugués de Mediación Familiar (IPMF) y con la creación en 1997 de la Asociación Nacional para la Mediación Familiar (ANMF)<sup>58</sup>, con el objetivo de promover y dinamizar este mecanismo<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. WARDLE, Lynn Dennis y NOLAN, Laurence C., *Family Law in the USA*, Kluwer Law International, 2011, p. 40.

<sup>55</sup> Ver VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, cit., pp. 1793-1804.

<sup>56</sup> Sobre la aparición de la mediación familiar en Europa, ver ROBERTS, Marian, *Mediation in Family Disputes: principles of practice*, 3ª edición, Ashgate Publishing, Hampshire, 2008, pp. 29-51.

<sup>57</sup> Para más información sobre la evolución de la mediación familiar en el Reino Unido, véase WESTCOTT, John, *Family Mediation: Past, Present and Future*, 1ª edición, Family Law, Bristol, 2004.

<sup>58</sup> Esta institución ha promovido cursos de formación en mediación familiar bajo la orientación pedagógica de la Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de la Familia.

<sup>59</sup> Cfr. RODRIGUES, Ana Paula Trindade, “A Mediação Familiar em Portugal”, *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, nº 6, Ministério da Justiça, Lisboa, Junho 2009, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/16>, accedido el 12 de diciembre de 2010.

En 1997, y a través de Decreto del Ministerio de Justicia, fue creado en Portugal, en el ámbito del proyecto de investigación “*Mediação Familiar em Conflito Parental*”, un Gabinete para asegurar la prestación del servicio de mediación familiar en situaciones de divorcio y separación<sup>60</sup>. Dicho Gabinete de Mediación Familiar entró en funcionamiento en septiembre de 1999, con sede en Lisboa<sup>61</sup>, realizando sus actividades hasta 2007, año en que fue creado el Sistema de Mediación Familiar (SMF), por *Despacho* n.º18778/2007, de 22 de agosto, del Ministerio de Justicia<sup>62</sup> que sustituye el referido Gabinete a partir de 16 de julio de 2007 y se encuentra en funcionamiento hasta el momento. El gráfico siguiente revela las estadísticas del SMF en los años 2008, 2009 y 2010, disponibles en el *website* del GRAL<sup>63</sup>.

**Cuadro n.º 1 - Sistema de Mediación Familiar portugués – estadísticas**

|                                                    |                    | 2008 | 2009 | 2010      |
|----------------------------------------------------|--------------------|------|------|-----------|
| <b>Solicitudes de Mediación</b>                    |                    | 252  | 450  | 372       |
| <b>Premediaciones</b>                              |                    | 130  | 223  | 271       |
| <b>Procesos de Mediación Finalizados</b>           | <b>Con acuerdo</b> | 48   | 76   | 56        |
|                                                    | <b>Sin acuerdo</b> | 31   | 81   | 59        |
| <b>Duración media de los procesos de mediación</b> |                    |      |      | 76,5 días |

El Sistema de Mediación Familiar portugués, al contrario de la realidad española, apuesta claramente por un modelo público de mediación toda vez que es promovido por el Gobierno, en concreto por el *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios* (GRAL) del Ministerio de Justicia. Este Gabinete es responsable del registro de las solicitudes de mediación y de la designación del mediador responsable para cada caso<sup>64</sup>. El GRAL es también competente para aprobar los cursos de formación en mediación con especialización en mediación familiar y que suponen que únicamente los

<sup>60</sup> Ver *Despacho* n.º12368/97, publicado en el *Diário da República* português, 2.ª Serie, n.º283, de 9 de diciembre de 1997, que definía las atribuciones, objetivos y estrategias del referido Gabinete, cuya coordinación era competência del Centro de Estudos Judiciários, en la persona del Dr. António Henrique Lourenço Farinha.

<sup>61</sup> El ámbito territorial del Gabinete de Mediación Familiar fue ampliado en 2002 a toda el área metropolitana de Lisboa, pasando a abarcar Amadora, Sintra, Cascais, Oeiras, Loures, Mafra, Seixal, Barreiro y Almada.

<sup>62</sup> Publicado en el *Diário da República*, 2ª Série, n.º161, de 22 de agosto de 2007.

<sup>63</sup> En la siguiente dirección electrónica, accedida el 30 de marzo de 2011, <http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estat%C3%ADsticas%20Media%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlicas%202008%202009%202010.pdf>.

<sup>64</sup> Ver art. 3, apartado 2, párrafos a) y b) del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto.

profesionales que realicen estos cursos puedan integrarse en las listas de mediadores familiares<sup>65</sup>.

Además de una formación específica en mediación familiar, solo pueden intervenir como mediadores familiares en el ámbito del SMF los profesionales que cumplan además los siguientes requisitos: tener más de 25 años de edad; estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos; detentar una licenciatura adecuada; ser persona idónea y tener dominio de la lengua portuguesa<sup>66</sup>. Únicamente cuando se cumplan en la totalidad estas exigencias un profesional puede concurrir a las listas del GRAL/Ministerio de Justicia para que sea designado mediador familiar en un caso concreto.

En lo que concierne a la competencia material, el SMF portugués interviene en los conflictos familiares de forma general, concretamente en la regulación de la patria potestad, el divorcio y separación de personas y reparto de sus bienes; la conversión de la separación de personas en divorcio; la reconciliación de los cónyuges separados; la atribución y modificación del derecho de alimentos, provisionales o definitivos; la privación del derecho al uso de los apellidos del otro cónyuge, y autorización del uso de los apellidos del ex cónyuge, y la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>67</sup>.

En términos procedimentales, la intervención del SMF puede producirse por iniciativa de cualquiera de las partes, ya sea antes de un proceso judicial o en la pendencia de éste por determinación del juez competente una vez obtenido el consentimiento de aquéllas<sup>68</sup>. La solicitud de mediación es realizada directamente ante el GRAL, bien telefónicamente o a través de su *website*. Si ambas partes aceptan, se realiza una primera reunión (premediación) para que el mediador designado pueda explicar las características, las reglas y el procedimiento inherente al método. Al final de esta reunión, y si las partes concuerdan con la sumisión de su conflicto a mediación familiar, se firma un documento (designado *Termo de Consentimento*) con la

---

<sup>65</sup> La *Portaria* n.º237/2010, de 29 de abril, aprueba el reglamento de reconocimiento de los cursos de formación de mediadores de conflictos para prestar funciones en el ámbito de la mediación pública.

<sup>66</sup> Ver art. 8, apartado 1 del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto. El sistema portugués coincide con las leyes españolas en dos exigencias: posesión de una licenciatura adecuada y de una formación específica en mediación familiar. En cuanto al primer requisito queda en Portugal por definir lo que es una titulación universitaria adecuada. Esta selección es hecha, hasta al momento, por las entidades que promuevan formación en mediación, toda vez que realizan una entrevista con los interesados en el curso para elegir a los futuros formados en mediación familiar.

<sup>67</sup> Cuestiones planteadas en el art. 4 del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto.

<sup>68</sup> Ver art. 6, apartado 1, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto. El art. 1174 del Código Civil portugués, con la redacción de la Ley n.º61/2008, de 31 de octubre, consagra el deber de las Conservatorias de Registro Civil y del Tribunal de informar a los cónyuges sobre la existencia y los objetivos de los servicios de mediación familiar. Fue eliminada la tentativa de conciliación en el ámbito del proceso de divorcio, que debería ser promovida por el juez, sustituida ahora por la posibilidad de recurso a la mediación familiar promovida por el SMF. Evaluando la aplicación del sistema de mediación familiar después de esta modificación legal, véase SANTOS, Boaventura de Sousa, *et al.*, *O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2010, pp. 31-44.

declaración de su anuencia y de la aceptación de determinados deberes, como el deber de confidencialidad. Las partes deberán en este momento acreditar el pago de los costes de utilización del Servicio (50 euros para cada mediado)<sup>69</sup>. Si está en causa un proceso remitido por el juez a mediación, en el ámbito del ejercicio de la patria potestad o cuando tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, no habrá de pagarse ningún coste<sup>70</sup>.

Posteriormente se da inicio a las sesiones de mediación cuyo número y duración dependerán de cada caso. Las estadísticas (reproducidas en el Cuadro n.º 1), revelan que en 2010 un procedimiento de mediación familiar tenía una duración media de 76,5 días. Los cuestionarios de satisfacción realizados por el GRAL a los mediados que han participado en el SMF<sup>71</sup>, demuestran que mitad de los ciudadanos cuestionados indican que su procedimiento tuvo una duración de uno a dos meses y la mayoría consideró esta duración como adecuada.

Si las partes llegan a un acuerdo, este será transcrito por el mediador y firmado por las partes. Si el acuerdo no es posible, las partes podrán recurrir a la vía judicial o, si ya existía un previo proceso judicial en suspenso, este reanudará sus trámites. El Informe del GRAL, relativo a los cuestionarios de satisfacción de los mediados en el SMF, que referimos anteriormente, demuestra que en la mayoría de los casos los acuerdos de los mediados son referentes al ejercicio de la patria potestad, residencia habitual de los hijos o las relaciones de convivencia de los hijos con sus padres.

En términos de honorarios del mediador, su remuneración dependerá de la fase en que dio por concluido el procedimiento de mediación<sup>72</sup>. Si se obtiene acuerdo, el mediador recibirá 120 euros. Si no se llega a ningún pacto, su remuneración será solamente de 100 euros, lo que es criticable porque podrá crear en el mediador una presión injustificable para obtener el acuerdo pudiendo forzar una situación indeseable para las partes y comprometiendo su debida neutralidad. Y, en último caso, si solamente se verifica la premediación, el mediador recibirá 25 euros. La evaluación que realizan los mediados respecto a los mediadores del SMF es positiva, conforme el informe del GRAL.

En lo que respecta a la evaluación del sistema y del propio mecanismo de mediación, los resultados son también positivos. Los cuestionados indican incluso

---

<sup>69</sup> Ver art. 6, apartado 2, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto

<sup>70</sup> Ver art. 6, apartado 2, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto. En relación al apoyo judicial ver *Portaria* n.º10/2008, de 3 de enero, que reglamenta la Ley n.º34/2004, de 29 de julio, relativa al apoyo judicial en Portugal, con la redacción de la Ley n.º47/2007, de 28 de agosto.

<sup>71</sup> Divulgado en la *Newsletter* del GRAL, n.º12, de diciembre de 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/35>. Con estos cuestionarios, el GRAL pretende evaluar las opiniones de los usuarios del SMF.

<sup>72</sup> Ver art. 10 del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto.

algunas ventajas de la mediación como la mejoría de la capacidad de comunicación y cooperación entre las partes o la reducción de la conflictividad entre los mediados.

El Sistema de Mediación Familiar portugués abarca todo el territorio nacional desde diciembre de 2008, siendo el sistema con más éxito tal y como demuestran las estadísticas indicadas<sup>73</sup>. Sin embargo, es necesario prolongar su consolidación promoviendo una mayor información y difusión de sus características y de su valor como instrumento de gestión de conflictos.

## **5. Consideraciones finales: retos de futuro en la mediación familiar**

Las ventajas de la mediación familiar son innegables, principalmente en un ámbito material que tiene como base relaciones personales entre individuos y que podrá abarcar incluso a los menores cuya presencia ante un juzgado o tribunal podrá tener efectos traumáticos difícilmente superables. Vistas así las cosas, la aplicación de la mediación familiar es un camino sin retorno.

La primera premisa esencial a futuras mejoras en esta materia en el ordenamiento jurídico español es su regulación mediante una ley estatal que prescriba los parámetros centrales e inamovibles de la mediación familiar, como sus principios, requisitos del mediador familiar, valor del contrato de mediación, entre otras cuestiones. El Gobierno español debería aprovechar la transposición de la Directiva europea para aprobar una ley de rango estatal en relación a la mediación en derecho privado, consagrando algunas normas a las cuestiones específicas del ámbito familiar, como se verifica en la Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

En términos prácticos, y atendiendo a que en España los procesos de divorcio y separación son tramitados de forma judicial, debería apostarse por la divulgación de las ventajas y la aplicación de métodos de mediación familiar intraprocesales para que puedan remitirse a las partes desde los juzgados hacia ese mecanismo cuando lo consideren apropiado.

Deberá también crearse una serie de posibilidades de contacto directo (telefónico o telemático), ofrecido y gestionado por el Ministerio de Justicia, para informar a los ciudadanos sobre la aplicación de la mediación, servicios disponibles, lista de mediadores familiares, valor de los acuerdos, entre otros datos de interés para el

---

<sup>73</sup> En Portugal existen actualmente tres sistemas públicos de mediación en los ámbitos familiar, laboral y penal. En términos legislativos, véase la Ley nº21/2007, de 12 de junio para el área penal, y la Resolución del Secretario de Estado de Justicia n.º18 778/2007, II Serie, de 22 de agosto, para el área familiar. El Sistema de Mediación Laboral nace de un protocolo entre el Ministerio de la Justicia y entidades representativas del sector, firmado el 5 de mayo de 2006 y que puede ser consultado en el siguiente [endereço electrónico,   
http://193.47.185.33/Portal/PT/Governos/Governos\\_Constitucionais/GC17/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros\\_Documentos/20060505\\_MJ\\_Doc\\_Mediacao\\_Laboral.htm](http://193.47.185.33/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros_Documentos/20060505_MJ_Doc_Mediacao_Laboral.htm), accedido el 15 de septiembre de 2009.

ciudadano. En 2006 en Inglaterra fue puesta en funcionamiento una *Helpline* para ofrecer información sobre la mediación familiar y en Portugal existe un servicio telefónico bajo dependencia del GRAL. Esta fórmula nos parece una buena forma de ayudar y orientar a las partes cuando quieran conocer más detalles sobre la mediación.

Consideramos que la divulgación de la mediación es la mejor forma de implementar este mecanismo, evitándose asimismo sistemas obligatorios que fueren a los ciudadanos a participar en sesiones de mediación. El *Family Law Act* de 1996 en Inglaterra prescribió la voluntariedad de la mediación familiar pero consagra al mismo tiempo medidas para promover que las partes intenten resolver su conflicto por esta vía<sup>74</sup>. Por un lado, las partes deberán asistir a una sesión informativa sobre la mediación familiar antes de iniciar un procedimiento de divorcio y, después de presentar su demanda, el tribunal podrá aún reclamar que asistan a otra reunión ofreciéndoles la posibilidad de optar por este procedimiento.

La Recomendación R(98)1 en su Principio IV, párrafo b), también consagra que los Estados puedan obligar a las partes a asistir a una sesión de información con un mediador familiar. Consideramos, sin embargo, que la voluntariedad que debe existir en cualquier procedimiento de mediación no es compatible con este tipo de medidas que disponen una especie de requisito procesal para el acceso a un proceso judicial de divorcio o separación. Del mismo modo, rechazamos cualquier penalización vinculada a los costes de un proceso judicial cuando hubiera sido posible y apropiado someter la resolución del conflicto a la mediación familiar, como se regula en la *Section 29* del *Family Law Act* inglés. El éxito de la mediación dependerá de su total voluntariedad, siendo el éxito de cada caso el que le genera publicidad y promoverá el recurso a este mecanismo.

## Referencias Bibliográficas

- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 237-270.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís, “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, n.º 15, 2010, pp. 1733-1794.
- CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.
- CASADO ROMÁN, Javier, “La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, Año XXXI, nº 7419, 8 de junio de 2010, pp. 9-12.

---

<sup>74</sup> Ver VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, cit., pp. 1793-1804.

CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010 (data 2008)*. Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “La Ley de Mediación Familiar de Galicia, una década después”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 167-198.

FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 3-28.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, “Mediación Civil. Mediación Intrafamiliar”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2008, pp. 1-33.

KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, traducción de CELER, Servicio Técnico de Traducciones, revisión de Felipe Sáez Fernández, S.A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

MARQUES CEBOLA, Cátia, “Los Sistemas de Mediación Pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 364-374.

MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, 1ª edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, “Mediación y Guarda y Custodia de Menores”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 103-138.

MOORE, Christopher W., *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª edición, Jossey-Bass, São Francisco, 2003.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Coord. Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, Sepín, Madrid, 2005, pp. 1101-1180.

PARRA GARCÍA, Jorge de la, “Mediación y ruptura de pareja: duelo y oportunidad”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 125-135.

PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 139-166.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, nº9, 2010, pp. 997-1019.

ROBERTS, Marian, *Mediation in Family Disputes: principles of practice*, 3ª edición, Ashgate Publishing, Hampshire, 2008.

RODRIGUES, Ana Paula Trindade, “A Mediação Familiar em Portugal”, *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, nº 6, Ministério da Justiça, Lisboa, Junho 2009, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/16>, accedido el 12 de diciembre de 2010.

ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 40, 2002.

SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, inserto en la obra *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, de Lisa Parkinson, edición española de Ana María Sánchez Durán, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 311 y ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *et al.*, *O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2010.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, n.º 3, 2000, pp. 1793-1804.

VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La mediación en la empresa familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soleto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 420-436.

WARDLE, Lynn Dennis y NOLAN, Laurence C., *Family Law in the USA*, Kluwer Law International, 2011.

WESTCOTT, John, *Family Mediation: Past, Present and Future*, 1ª edición, Family Law, Bristol, 2004.

YSÀS SOLANES, María, “La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado”, *Actualidad Civil*, nº 13, 2010, pp. 1486 y ss..



## **TUTELA DE URGÊNCIA E SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO: BREVE ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP 765.105/TO**

*Cristiano de Oliveira*

Especialista em Direito Processual pela  
PUC-MG (Serro). Assessor de Juiz.

**Resumo:** Pretende-se por meio deste trabalho analisar os Embargos de Divergência no REsp. 765.105/TO. Neste recurso, o Superior Tribunal de Justiça discutiu se a sentença de procedência torna prejudicado o recurso interposto contra a decisão que defere antecipação de tutela. Depois de analisar o instituto da tutela de antecipada, estabelecendo-se a relação deste com a sentença, e analisar os principais votos do julgado, apresentaremos nossa impressão sobre a solução dada por aquela Corte ao caso.

**Abstract:** This work intends to analyze the Embargos of Divergence in REsp. 765.105/TO. In this appeal, the Justice Court has discussed if the sentence of provenance impairs the appeal interposed against the decision that grants the anticipation of tutelage. After analyzing the institute of anticipated tutelage, establishing the relationship of it with the sentence, an analyzing the main votes of the trialed, we present our impression about the solution provided to the case by that Court of Law.

**Palavras-chave:** Tutelas de Urgência; Recurso; Processo; Estado Democrático de Direito;

**Keywords:** Urgent Tutelage; Appeal; Process; Democratic State of Law;

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Aspectos Históricos das Tutelas de Urgência no Processo Civil Brasileiro– 3. Efeitos da Tutela Antecipada e da Sentença – 4. Do Voto-Vista do Ministro Teori Albino Zavascki – 5. Da solução dos Embargos de Divergência pela Corte Especial –6. Considerações Finais –7. Bibliografia.

### **1. Introdução**

Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça travou interessante discussão nos Embargos de Divergência em REsp n. 765.105/TO, interpostos contra acórdão da 3ª Turma daquela Corte, relativa à superveniência de

sentença de mérito e a perda do objeto de recurso interposto contra a decisão que tenha antecipado os efeitos da tutela.<sup>1</sup>

A controvérsia surgiu em razão de a 3ª Turma ter rejeitado o REsp n. 765.105/TO, sob o fundamento de que a sentença de mérito superveniente não prejudicaria o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada concedida pelo juiz de primeiro grau. Por questões de cunho pragmático, a 3ª Turma acompanhou o voto do Rel. Min. Ari Pargendler.<sup>2</sup>

Esse assunto, que à primeira vista não despertaria muito interesse da comunidade jurídica, pois há inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela perda do objeto do recurso<sup>3</sup>, suscita uma indagação acerca da

---

<sup>1</sup> Veja-se a ementa do acórdão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO CONFIRMANDO A TUTELA. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. 1. A superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela. 2. Embargos de divergência rejeitados.” (STJ, EREsp n. 765.105/TO, Corte Especial, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 25.08.2010)

<sup>2</sup> Esta afirmação se justifica porque não houve uma discussão aprofundada acerca da perda do objeto de recurso em razão da superveniência da sentença de mérito. O Ministro Rel. Ari Pargendler limitou-se a adotar o entendimento esposado por ele no REsp n. 112.111/PR, no qual a discussão surgiu: “A sentença de mérito superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada; a aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito – antecipa, sim, a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. Recurso especial conhecido e provido”. Neste recurso, o Ministro sustentou que: “Não há relação de continência entre a tutela antecipada e a sentença de mérito. A aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito; antecipa, sim, a própria *execução* dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. É preciso que isso fique claro: os efeitos que o recurso especial quer evitar resultam da tutela antecipada, e não da sentença - pouco importando que ela tenha confirmado a tutela antecipada; a decisão a esse respeito foi tomada antes e não fica prejudicada pela reiteração constante da sentença. De outro modo, a parte não teria recurso relativamente à tutela antecipada. Subsistente a tutela antecipada, deve ela ser cassada nos termos da jurisprudência da Turma.” (STJ, 2ª T. REsp 112.111/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 8.9.98, DJ. 14.02.2000).

<sup>3</sup> “Resta prejudicado o agravo de instrumento interposto contra decisão deferitória de antecipação de tutela, em face da prolação da sentença de mérito, ratificadora da liminar, face a perda de seu objeto” (STJ 6ª T. REsp 595.937, Rel. Min. Paulo Medina, j. 6.4.04, negaram provimento, DJ 3.5.04, p. 224). “[...] 1. Perde objeto o recurso relativo à antecipação da tutela quando a sentença superveniente (a) revoga, expressa ou implicitamente, a liminar antecipatória (o que pode ocorrer com juízo de improcedência ou de extinção do processo sem julgamento de mérito), ou, (b) sendo de procedência (integral ou parcial), tem aptidão para, por si só, irradiar os mesmos efeitos da medida antecipatória. Em qualquer dessas situações, o provimento do recurso relativo à liminar não teria o condão de impedir o cumprimento da sentença superveniente. 2. No caso concreto, a liminar sustou a exigibilidade do tributo e esse mesmo efeito é produzido pela sentença de procedência parcial, que não tem efeito suspensivo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp 506887/RS, 1ª Turma, Min. Teori Zavascki, DJ de 07.03.2005). Ver ainda: “[...] 1. As medidas liminares, editadas em juízo de mera verossimilhança, têm por finalidade ajustar provisoriamente a situação das partes envolvidas na relação jurídica litigiosa e, por isso mesmo, desempenham no processo uma função por natureza temporária. Sua eficácia se encerra com a superveniência da sentença, provimento tomado à base de cognição exauriente, apto a dar tratamento definitivo à controvérsia, atendendo ou não ao pedido ou simplesmente extinguindo o processo. 2. O julgamento da causa esgota, portanto, a finalidade da medida liminar, fazendo cessar a sua eficácia. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, e as eventuais medidas de urgência devem

importância da eficácia temporal dos institutos jurídicos<sup>4</sup> da tutela cautelar e da tutela antecipatória em relação à sentença.

Para analisar a questão proposta, mostra-se necessário estudar os aspectos históricos das tutelas de urgência no Processo Civil Brasileiro, destacando-se em seguida a diferença entre os efeitos da tutela e a sentença de mérito. Depois de se apresentar tais aspectos, serão analisados os dois principais votos do recurso em questão e feitas considerações finais sobre o acerto ou não do Superior Tribunal de Justiça na solução do caso.

## 2. Aspectos Históricos das Tutelas de Urgência<sup>5</sup> no Processo Civil Brasileiro<sup>6</sup>

Afirma-se ser o grande desafio do Processo Civil contemporâneo equilibrar a *efetividade processual* e a *segurança jurídica*.

Com o abarrotamento do Judiciário, em razão do aumento das demandas a ele submetidas nas últimas décadas, e a morosidade da realização da atividade jurisdicional,

---

ser postuladas no âmbito do sistema de recursos, seja a título de efeito suspensivo, seja a título de antecipação da tutela recursal, providências cabíveis não apenas em agravo de instrumento (CPC, arts. 527, III e 558), mas também em apelação (CPC, art. 558, § único) e em recursos especiais e extraordinários (RI/STF, art. 21, IV; RI/STJ, art. 34, V). 3. Conseqüentemente, a superveniência de sentença acarreta a inutilidade da discussão a respeito do cabimento ou não da medida liminar, ficando prejudicado eventual recurso, inclusive o especial, relativo à matéria. 4. A execução provisória da sentença não constitui quebra de hierarquia ou ato de desobediência a anterior decisão do Tribunal que indeferira a liminar. Liminar e sentença são provimentos com natureza, pressupostos e finalidades distintas e com eficácia temporal em momentos diferentes. Por isso mesmo, a decisão que defere ou indefere liminar, mesmo quando proferida por tribunal, não inibe a prolação e nem condiciona o resultado da sentença definitiva, como também não retira dela a eficácia executiva conferida em lei. [...]” (STJ-1ª T., REsp 667.281, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.5.06, julgaram prejudicado, um voto vencido, DJU 8.6.06, p. 122).

<sup>4</sup> “Por **instituto jurídico**, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela **conexão normativa** determinante de seu significado e aplicação” (LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 200.) (“destaque no original”).

<sup>5</sup> Para Medina, Araújo e Gajardoni as tutelas de urgência possuem raiz constitucional, decorrendo do comando inserto no art. 5º, XXXV, da CR/88, *verbis*: “Para que se alcance, plenamente, a aspiração contida no art. 5º, XXXV da Constituição, prevê o ordenamento jurídico *formas de tutela de urgência que tenham aptidão de evitar a ocorrência a direitos fundamentais merecedores de proteção jurídica*.” (MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo Civil Moderno – Procedimentos Cautelares e Especiais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36)

<sup>6</sup> Apesar do recorte histórico feito acima, não se pode deixar de mencionar que: “Desde o direito romano, registra a história do direito processual casos de tutela de conhecimento em que se permite, até por cognição *prima facie*, a interferência no mundo fático, com antecipação de efeitos materiais. É o que demonstra BRIEGLEB, notável jurista e historiador alemão do século XIX, professor do grande ADOLPH WACH, indicando em sua magistral obra sobre o processo sumário, doze exemplos dessa espécie, dez nas Pandetas — sendo nove de ULPiano e um de PAULO — e dois nos Códigos, respectivamente d e 213 e 331 d. C.” OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil dogmático da tutela de urgência*. Disponível em: [[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)]. Acesso em: 20.06.2011.

a *efetividade do processo* é eleita pela processualística como uma das finalidades a ser alcançada pelo Processo Civil nas sociedades contemporâneas.<sup>7</sup>

No Brasil, depositou-se expectativa no Código de Processo Civil de 1973 para se alcançar a efetividade processual. Na exposição de motivos do Código, o Ministro da Justiça à época, Alfredo Buzaid, ponderava acerca da necessidade de se “pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais.”<sup>8</sup>

Segundo observa Ricardo Alessandro Castagna, com a:

[...] adoção do sistema da oralidade e da concentração dos atos pelo Código de Processo Civil de 1973, pretendeu o legislador dotar os atores do processo meios eficazes para solução rápida dos litígios, mas inúmeros outros fatores – externos ou ligados à disciplina processual –, muitos deles de ocorrência recente, acabaram por imprimir extrema lentidão à prestação jurisdicional.<sup>9</sup>

Um desses fatores é atribuído ao Processo<sup>10</sup> de Conhecimento<sup>11</sup>, cuja introdução no Código de Processo Civil de 1973 representou o ápice do que a doutrina denomina de “*universalização da ordinariedade*.”<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Para melhor conhecimento do assunto, ver obra do Prof. Cândido Rangel Dinamarco (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.). Há nesse contexto grande preocupação sobre as influências negativas que o fator tempo exerce sobre o processo, apesar de a questão ser objeto de reflexão da Ciência do Direito como um todo. Sobre o tema, ver obra do jurista e filósofo: OST, François. *O Tempo do Direito*. 1. ed. São Paulo: Edusc, 2005.

<sup>8</sup> BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1973. p. 85-101. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. Coordenação Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

<sup>9</sup> CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

<sup>10</sup> Coube então ao Prof. Rosemiro Pereira Leal formular um conceito de Processo adequado à Constituição da República de 1988, mediante a Teoria Neo-Institucionalista, segundo a qual: “O **processo**, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma **conjunção** de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 88. (“destaque no original”).

<sup>11</sup> Para o insigne processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, o Processo de Conhecimento constitui “conquista teórica relevantíssima da humanidade que imprimiu novos rumos ao estudo do **Processo** pelo princípio moderno da **reserva legal**, só se admitindo a **cognição jurisdicional** em bases normativas prévias (precedentes, anteriores) aos fatos e atos a serem jurisdicionalizados.” E vai mais além, ao sustentar o Processo de Conhecimento como uma modalidade de direito fundamental constitucionalizado. (LEAL, Rosemiro. *Op. cit.* p. 139). Para autorizada doutrina, o Código de 1973, editado em um período

Pontuou, há muito, Ovídio Baptista, que o Processo de Conhecimento, quando universalizado,

[...] suprime a possível utilização de vias alternativas de tutela processual da urgência, coisa com que o Processo de Conhecimento não se preocupa, enquanto instrumento concebido para abrigar demandas plenárias, tratando-as sob forma ordinária. Esta circunstância provocou, como era de esperar, a utilização massiva do Processo Cautelar para, através dele, veicularem-se demandas satisfativas urgentes, que não encontravam meios jurisdicionais compatíveis com suas necessidades, no Processo de Conhecimento.<sup>13</sup>

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, teve a oportunidade de elucidar esse contexto, destacando que:

A demora na prestação jurisdicional levou os advogados a buscarem solução processual e, no processo cautelar, ingenuamente estruturado no chamado Código de Buzaid, encontraram a saída para as urgências: as liminares acautelatórias para se aguardar a demorada sentença, sem correr o risco da imprestabilidade da atuação estatal. Esta foi a solução para atender aos direitos instantâneos.<sup>14</sup>

A insatisfação de que o Processo de Conhecimento seria insuficiente e inadequado para o accertamento de direitos em tempo adequado nas sociedades de massa

---

autocrático, se pensado sob o enfoque da Teoria Neo-Institutionalista do Processo, cujo autor é o Professor Rosemiro Leal, não instituiu verdadeiramente um Processo de Conhecimento, mas sim Procedimento de Conhecimento. Entretanto, mantendo-se a linguagem do Código, será empregada a expressão “Processo de Conhecimento”. (“destaque no original”)

<sup>12</sup> Para Ovídio Batista, “a tendência histórica que nos persegue desde os últimos estágios do direito romano, conduzindo-nos para a universalização da ordinariedade, com a separação entre cognição e execução, atingiu seu ponto culminante, em nosso sistema, com a edição do Código de 1973.” SILVA, Ovídio Baptista da. *Reforma dos Processos de Execução e Cautelar*. 1997. Disponível em: [\[http://online.sintese.com\]](http://online.sintese.com) p. 5. Acesso em: 20.6.2011.

<sup>13</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>14</sup> ALVES, Eliana Calmon. *Tutelas de urgência*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999. Destaca a citada Ministra: “O ponto crucial da utilização das cautelares, praticamente alertando a sociedade brasileira e os juristas nacionais para o problema, veio ao se bloquear os ativos financeiros do Plano Collor I, pela Lei nº 8.024/90. Milhares de brasileiros socorreram-se da Justiça Federal e, por via de liminares, proferidas em processos cautelares, conseguiram desbloquear os depósitos de contas-correntes e de poupanças, deixando um saldo de milhares e milhares de processos em duplicidade (ação cautelar e ação ordinária) para serem solucionados, em nome de uma formalidade apenas. Sim, porque a só liminar desbloqueando os depósitos bancários, de plena satisfatividade, tornou de absoluta inutilidade o longo caminho a percorrer com o iter procedimental de ambas as demandas (cautelar e ordinária).”

ganhou fôlego nos setores diversos da comunidade jurídica, motivando-os a discutirem diversas reformas setoriais no Código de Processo Civil.<sup>15</sup>

Capitaneado pela Escola Nacional da Magistratura, o movimento de reforma atingiu um de seus principais desideratos, que particularmente interessa a este estudo, no ano de 1994, ao introduzir por meio da Lei n. 8.952, no art. 273, do Código de Processo Civil, o famigerado instituto da tutela antecipada:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

[...] § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

---

<sup>15</sup> “No início da década de 80 teve início a considerada primeira grande reforma do CPC, mais precisamente no ano de 1985, quando o Ministro da Justiça Fernando Lyra designou uma comissão composta pelos professores Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correa de Carvalho Junior e Sérgio Bermudes, para elaborar um anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil. As conclusões da Comissão foram apresentadas ao Ministério da Justiça em 24 de dezembro de 1985 (texto disponível na Revista de Processo n. 43/1986), porém esse anteprojeto não foi levado adiante. [...] Na década de 90 é iniciado um movimento renovador do Código de Processo Civil pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela seccional brasiliense do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). O movimento, em 1992, foi absorvido pela Escola Nacional de Magistratura, por incumbência do Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, sendo, a partir daí, constituída uma comissão de juristas para estudar o problema da morosidade processual, dos óbices à efetividade do acesso à justiça e propor soluções visando à simplificação do Código de Processo Civil brasileiro. A comissão revisora era presidida pelo diretor da Escola e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e secretariada pela Desembargadora Fátima Nancy Andrichi, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tendo como seus integrantes o Ministro Athos Gusmão Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça, e os estudiosos Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carreira Alvim, Kazuo Watanabe e Sérgio Sahione Fadel. O grupo foi responsável pela elaboração de onze anteprojetos de lei, tendo por conteúdo a modificação de capítulos específicos do Código de Processo Civil, os quais foram conduzidos ao Congresso Nacional pelo Deputado Nelson Jobim. Do total dos anteprojetos, dez deles foram convertidos em lei. Foram as leis nº 8.455/92 (perícias), 8.710/93 (citação-intimação via postal), 8.898/94 (liquidação), 8.950/94 (recursos), 8.951/94 (consignação e usucapião), 8.952/94 (processos de conhecimento e cautelar), 8.953/94 (processo de execução), 9.079/95 (ação monitoria), 9.139/95 (agravo) e 9.245/95 (procedimento sumário).”

BRASIL. *Código de Processo Civil: a história de outras Comissões*. 2009. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/CPC\\_Comissões\\_história.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/CPC_Comissões_história.pdf). Acesso em: 20.06.2011.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Em 2002, a Lei n. 10.444 promoveu a alteração do § 3º do art. 273, do Código de Processo Civil, e inseriu neste dispositivo os § 6º e 7º, *in verbis*:

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. [...] § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Com a introdução do instituto da tutela antecipada no Processo de Conhecimento (Lei nº 8.952, de 14 de dezembro de 1994), difundiu-se na doutrina processual pátria<sup>16</sup> o emprego da expressão “tutelas de urgência” para se designar as duas espécies de provimentos interlocutórios diferentes<sup>17</sup>: tutela antecipada e tutela cautelar.

---

<sup>16</sup> Há quem defenda a utilização a expressão “urgências de tutela”, por ser mais adequada ao devido processo e ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Cf. TAVARES, Fernando *et al.* *Urgência de Tutelas: por uma Teoria da Efetividade do Processo Adequada ao Estado De Direito Democrático*. Trabalho aprovado no XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado de 15 a 17 de novembro de 2007, em Belo Horizonte (MG). Disponível em: [<http://www.abdpc.org.br>] Acesso em: 20.06.2011. Ver também: LIMA, Juliano Vitor. *As tutelas de urgência no estado democrático de direito: adequação da urgência da tutela ao devido processo*. 2008. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

<sup>17</sup> Um dos processualistas que diferencia as duas modalidades de tutela de urgência é Teori Albino Zavascki: “a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC); b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; c) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança); d) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites, dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático obtido não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia; f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença

Na medida em que as tutelas satisfativas de urgência passaram ser obtidas no Processo de Conhecimento, assinala-se uma diminuição na concessão das tutelas sumárias satisfativas com supedâneo no art. 798 do CPC, perdendo relevância a própria discussão acerca da diferenciação entre tais tutelas.<sup>18</sup>

### 3. Efeitos da Tutela Antecipada e da Sentença

Segundo a doutrina, o fato de se ter positivado no *caput* do art. 273, do CPC, a locução *efeitos da tutela* revelou claramente a intenção do legislador em distinguir a *tutela* – entendida aqui como o provimento jurisdicional definitivo – e *efeitos da tutela*, pois somente estes poderiam ser antecipados.<sup>19</sup>

Neste sentido, sustenta Alexandre Freitas Câmara que: “embora satisfativa, a tutela antecipada não garante o máximo de atendimento à pretensão manifestada pelo autor, razão pela qual o processo de conhecimento deverá prosseguir até final julgamento, para que se possa formar o juízo de certeza necessário à declaração da existência (ou inexistência) do direito material cuja tutela se pretende (art. 273, § 5º, CPC).”<sup>20</sup>

O Prof. Cândido Rangel Dinamarco chega a afirmar que:

---

final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56-57).

<sup>18</sup> Uma das mudanças significativas existentes no projeto para criação do novo Código de Processo Civil está na fusão das técnicas da tutela antecipada e satisfativas de urgência, valendo-se dos mesmos fundamentos para sua concessão. Vejam-se os motivos apresentados pelos integrantes da comissão responsável: “Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada.” Disponível em: [<http://professormedina.wordpress.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>]. Acesso em: 20.06.2011.

<sup>19</sup> Melhor seria o entendimento esposado pelo Prof. Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que: “**antecipar tutela** não é antecipar sentença futura, mas aplicar, por antecipação, os conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório, se examinado o tema na perspectiva do que dispõe o art. 273 do CPC vigente e ante a teorização empreendida nos institutos da **verossimilhança e inequívocidade** em juízo lógico da existência de prova no procedimento como fundamento de convicção do juiz.” (LEAL, R. P. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.160. (“destaque no original”).

<sup>20</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 87.

A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.<sup>21</sup>

Mais a frente, o renomado processualista explica que a diferença entre a tutela antecipada e a sentença residiria no fato de que este provimento jurisdicional é concedido com base em um juízo de certeza, ao passo que aquele provimento interlocutório (tutela antecipada) estaria fundado em um juízo provisório sobre os fatos da lide.<sup>22</sup> Reforça o caráter provisório da tutela antecipada o § 4º do art. 273, do CPC, segundo o qual a tutela antecipada poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo.

Por óbvio, as considerações acima não se aplicam à tutela antecipada concedida com base no § 6º do art. 273 do CPC, pois neste previu o legislador a concessão da tutela antecipada com suporte em cognição<sup>23</sup> exauriente, possibilitando que se operem os efeitos da coisa julgada material.

Amparado pela doutrina processual majoritária<sup>24</sup>, pode-se concluir que não haveria coincidência integral entre os efeitos do provimento antecipatório e aqueles do provimento definitivo (sentença).

#### **4. Da solução dos Embargos de Divergência no REsp n. 765.105/TO**

Segundo dispõe o art. 546, do CPC, é embargável a decisão da turma que: “I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão

---

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 139.

<sup>22</sup> *Op. Cit.*, p. 140.

<sup>23</sup> A cognição deve ser concebida, em uma perspectiva democrática, não mais como atividade intelectual do julgador, pois “no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, a COGNIÇÃO pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do Processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento 360 e retratados fisicamente nos autos, cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: [[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MaterialDC\\_1r.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaterialDC_1r.pdf)]. p. 116. Acesso em: 20.06.2011).

<sup>24</sup> Ressalte-se o entendimento do Prof. Daniel Amorim Assumpção Neves, segundo o qual “não se antecipam a tutela nem o efeito principal dessa tutela, mas os efeitos práticos que ditam regras de comportamento às partes em respeito ao que foi declarado ou constituído.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1089).

especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.”

Conhecido doutrinariamente como embargos de divergência, este recurso se destina a evitar a existência de dissídios jurisprudenciais entre decisões proferidas no âmbito dos tribunais de superposição (STJ e STF).

Conforme já adiantado no início deste trabalho, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento aos Embargos de Divergência interpostos no REsp n. 765.105/TO, fazendo prevalecer a tese de que a superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela.”

O Ministro Hamilton Carvalhido, relator cujo voto foi vencedor, sintetizou a questão da seguinte forma: “situa-se a divergência em se a sentença de procedência torna prejudicado o recurso interposto contra a decisão que defere antecipação de tutela.”

Para dirimir a divergência, assentou o Ministro:

[...] a superveniência da sentença de procedência do pedido não torna prejudicado o recurso interposto contra a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. É que a antecipação da tutela não antecipa a sentença de mérito, mas sim a própria execução do julgado que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada.<sup>25</sup>

Apoiando-se no art. 475-O do CPC<sup>26</sup>, o Ministro engendrou a tese de que os efeitos da tutela antecipada não desapareceriam com a superveniência da sentença, mas seriam preservados até que este provimento jurisdicional fosse revisado pela superior instância.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência no REsp. 765.105 /TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 09.11.2010.

<sup>26</sup> Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: [...] 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; § 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.”

<sup>27</sup> A tese do Ministro assentou-se nos seguintes precedentes daquela Corte: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. COMPENSAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. SENTENÇA DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PERDA DO AGRAVO INTERPOSTO DA DECISÃO DA TUTELA ANTECIPADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. TUTELA CASSADA NOS TERMOS DA SÚMULA 212/STJ. 1. Não perde o seu objeto o agravo de instrumento desafiado de decisão que concede antecipação da tutela, em sobrevindo a sentença

Apesar da eloquência do Ministro, tanto que a maioria dos membros da Corte Especial o acompanhou, seu argumento não problematiza o fato de que o art. 520, VII, do CPC, ao prescrever que a sentença que confirmar a antecipação de tutela será recebida apenas no efeito devolutivo, abre caminho para que a parte beneficiada inicialmente com a decisão interlocutória e agora com a sentença promova a execução provisória deste julgado.

Conforme será visto a seguir, a questão foi enfrentada pelo Ministro Teori Albino Zavascki em seu voto-vista.

## **5. Do Voto-Vista do Ministro Teori Albino Zavascki**

A despeito de vencido, o voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki teceu importantes considerações sobre as medidas liminares e os provimentos definitivos.

De início, destacou o respeitável Ministro as características e funções especiais existentes nas duas modalidades de tutelas de urgência. Segundo ele, o fato de tais tutelas serem concedidas com base em um juízo de verossimilhança e em razão da precariedade que lhes são ínsitas, retira-lhes a aptidão para gerar coisa julgada, de modo que podem ser modificadas ou revogadas a qualquer momento.

Grosso modo, para o Ministro a principal diferença entre as tutelas de urgência e os provimentos finais residiria no caráter temporário das primeiras, porquanto são concedidas em caráter precário e para vigorar por prazo determinado, enquanto os segundos possuiriam a marca da definitividade, sendo tomadas com base em cognição exauriente.

---

de mérito da ação. A decisão que concede antecipação da tutela não é substituída pela decisão de mérito posto que os seus efeitos permanecem até que seja cassada pela instância superior. “Não há relação de continência entre a tutela antecipada e a sentença de mérito. A aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito; antecipa, sim, a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. (REsp 112.111/PR; Min. Ari Pargendler) 2. Pacificada a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o instituto da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido. Aplicação da Súmula nº 212/STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”. 3. Recurso especial provido para cassar a tutela antecipada.” (REsp 546.150/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003, DJ 08/03/2004 p. 176). “AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE MÉRITO SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO RECURSO ESPECIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. O julgamento definitivo da questão em 1ª Instância não exaure o conteúdo do provimento concedido em sede de antecipação da tutela, uma vez que seus efeitos sobreponham-se muitas das vezes à fase de conhecimento, antecipando no tempo a execução da própria sentença. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 470096/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2003, DJ 13/10/2003 p. 331)

Depois de discorrer sobre as características inerentes às medidas liminares, arremata:

É por isso que o julgamento da causa esgota a finalidade da medida liminar. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, tenha ele atendido ou não ao pedido do autor ou simplesmente extinguido o processo sem exame do mérito. Procedente o pedido, fica confirmada a liminar anteriormente concedida bem como viabilizada a imediata execução provisória (CPC, art. 520, VII). Improcedente a demanda ou extinto o processo sem julgamento de mérito, a liminar fica automaticamente revogada, com eficácia *ex tunc* (Súmula 405 do STF), ainda que silente a sentença a respeito.<sup>28</sup>

O entendimento esposado pelo Ministro ficou ementado da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA JULGANDO A CAUSA. PERDA DE OBJETO DO RECURSO RELATIVO À MEDIDA ANTECIPATÓRIA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. 1. As medidas liminares, editadas em juízo de mera verossimilhança, têm por finalidade ajustar provisoriamente a situação das partes envolvidas na relação jurídica litigiosa e, por isso mesmo, desempenham no processo uma função por natureza eminentemente temporária. Sua eficácia se encerra com a superveniência da sentença, provimento tomado à base de cognição exauriente, apto a dar tratamento definitivo à controvérsia, com força executiva própria (CPC, art. 520, V). O julgamento da causa esgota, portanto, a finalidade da medida liminar. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, e as medidas de urgência eventualmente necessárias devem ser postuladas no âmbito do sistema de recursos, seja a título de efeito suspensivo, seja a título de antecipação da tutela recursal, providências cabíveis não apenas em agravo de instrumento (CPC, arts. 527, III e 558), mas também em apelação (CPC, art. 558, § único) e em recursos especiais e extraordinários (RI/STF, art. 21, IV; RI/STJ, art. 34, V). 2. Por isso mesmo, a jurisprudência da Corte Especial, da 1ª Seção e de todas as Turmas do STJ é no sentido

---

<sup>28</sup> STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência no REsp. 765.105 /TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 09.11.2010.

de que a superveniente sentença de mérito acarreta a perda de objeto de eventual recurso interposto em face da anterior decisão sobre a medida liminar. 3. No caso concreto, ademais, a sentença de mérito, pela procedência do pedido (confirmatória da liminar), já foi inclusive confirmada no julgamento da apelação. E no âmbito do recurso especial interposto desse acórdão foi deferida medida antecipatória (de efeito suspensivo), que assegura ao recorrente, até o julgamento, a manutenção do status quo, a confirmar, outra vez, a absoluta inutilidade de qualquer juízo que, a essa altura, o tribunal local venha a proferir a respeito da medida antecipatória originalmente deferida. 4. Embargos de divergência providos, sem prejuízo da medida cautelar deferida no âmbito do recurso especial 936.599 (MC 14.378/TO).

Percebe-se que o voto-vista deste Ministro, além estar tecnicamente correto, como não poderia ser diferente, foi mais além, ao sustentar que estando pendente de julgamento o agravo de instrumento, mesmo que em sede recursal, esse recurso perderá o objeto com o advento da sentença.

A postura se justifica porque a tutela de urgência concedida pelo juiz singular no início da demanda, se não for revogada durante o procedimento estabelecido em contraditório, deverá ser confirmada ou rejeitada pela sentença.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que:

A tutela antecipada concedida durante o trâmite procedimental em primeiro grau deverá ser confirmada ou rejeitada pela sentença, desde que não haja decisão anterior que a tenha revogado, nos termos do art. 273, § 4º, do CPC. Na hipótese de concessão de tutela antecipada no tribunal, o mesmo fenômeno ocorre, devendo a tutela antecipada ser revogada ou confirmada no acórdão que decidirá a ação de competência originária do tribunal ou o recurso.<sup>29</sup>

Partindo do pressuposto de que a tutela de urgência é fundada em um juízo de provisório, supõe-se que, uma vez observados os princípios institutivos do processo durante o *iter* procedimental, as partes certamente fornecerão elementos mais consistentes para a construção do provimento jurisdicional final, sendo por este substituída.

---

<sup>29</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1110.

A propósito, o Prof. Rosemiro Pereira Leal obtempera:

*A cautelaridade decisória ou a tutelaridade antecipada*, em suas variáveis procedimentais, preventivas, preparatórias, inibitórias, mandamentais ou executivas, somente se legitimam na constitucionalidade do direito democrático, se realizadas sob *devido processo constitucional*, no qual os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia que lhe são institutivos, à finalidade de liminar atendimento *inaudita altera parte*, já tenham sido atendidos, na estrutura procedimental constituinte, em *devido processo legislativo* de criação normativa das *situações jurídicas* (direitos-garantias) de fundamentalidade não cambiáveis (liberdade, igualdade, dignidade, patrimonialidade), desde que também suscetíveis de ampla e intercorrente correção na estrutura espaço-temporal discursiva dos procedimentos instaurados ao pleito das denominadas *tutelas de urgência*.<sup>30</sup>

Se o provimento jurisdicional de mérito é prolatado com elementos de prova mais consistentes do que aqueles que legitimaram a concessão da tutela de urgência, parece não haver motivo plausível para que o acórdão que eventualmente reverta a decisão interlocutória opere seus efeitos em detrimento daqueles produzidos pela sentença.

Pensada a questão sob esta ótica, a impressão que se tem é no sentido de que o advento de tais provimentos jurisdicionais (sentença) fatalmente acarretará a perda superveniente do interesse recursal, de modo que sem este pressuposto de admissibilidade não se justifica o julgamento do mérito do recurso interposto para combater as mencionadas decisões interlocutórias.

Nesse sentido, sustenta Daniel Amorim Assumpção Neves que:

Tratando-se de decisão interlocutória que tenha como objeto uma *tutela de urgência*, sendo proferida a sentença, a decisão interlocutória será imediatamente substituída pela sentença que, ao conceder a tutela definitiva, substitui a tutela provisória. Havendo recurso de agravo de instrumento pendente de julgamento no tribunal, o relator deverá monocraticamente não conhecer o recurso, por perda superveniente de objeto (**recurso prejudicado**). Essa substituição da decisão interlocutória pela sentença é imediata, ocorrendo no exato momento em que a

---

<sup>30</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 157.

sentença torna-se pública, independentemente do trânsito em julgado ou da interposição de apelação.<sup>31</sup>

Para o citado processualista, mesmo “que de forma inadvertida se tenha o julgamento do agravo de instrumento depois de já existir a sentença – basta imaginar que o tribunal não tomou conhecimento da prolação da sentença –, esta prevalece, porque o julgamento do agravo de instrumento é juridicamente inexistente.”<sup>32</sup>

## 6. Considerações Finais

À guisa de considerações finais, o que se pode dizer é que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao solucionar os Embargos de Divergência no REsp. 765.105/TO, contrariou a sua jurisprudência majoritária sobre o assunto, criando outro precedente que acirrará ainda mais a discussão.

Da forma como ficou a questão, abriu-se o caminho para que casos semelhantes sejam questionados junto à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Em tempos que se clama por *efetividade do processo*, a posição majoritária contribui para a diminuição de inúmeros recursos que chegam diariamente nas instâncias superiores.

## Referências Bibliográficas:

- BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1973. p. 85-101. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Coordenação Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mudanças estruturais no processo civil brasileiro*. Disponível em: [[www.iobonlinejuridico.com.br](http://www.iobonlinejuridico.com.br)]. Acesso em: 20.03.2009.
- LEAL, R. P. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo Civil Moderno – Procedimentos Cautelares e Especiais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56-57.

---

<sup>31</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 639.

<sup>32</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 1111.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *A nova ordinariedade: execução para a cognição*. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire; BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Org.). *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



## O PROJETO DE LEI DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

*Demetrius Nichele Macei*

Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR.  
Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP.  
Advogado.

### 1. Introdução

Não é tarefa fácil utilizar algo que “não existe” no ordenamento jurídico, sob o ponto de vista da validade das normas, como objeto de estudo científico. A primeira dificuldade é pré-existente, isto é, o caráter de instabilidade do texto e as questões políticas – extra-jurídicas – que se põem diante do objeto são indesejáveis, especialmente quando se postulam reflexões jurídicas.

Exemplo disso ocorreu quando publicamos nossas *Considerações sobre o Anteprojeto de Lei de Execuções Fiscais*<sup>1</sup>. Desde então, vem surgindo projetos outros, propondo novas formas para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.

Assim, este estudo tem por objetivo analisar as principais modificações propostas desde então, não só na intenção de identificar as tendências atuais, mas principalmente, despertar nos estudiosos do Direito o interesse pelo estudo de questões não apenas após a edição da legislação, como é de costume, mas também neste exato momento, ou seja, enquanto a comunidade jurídica organizada pode colaborar cientificamente para corrigir distorções do passado e evitar a criação de outras, igualmente indesejáveis.

Pois bem. Estabelecido o consenso de que “a justiça tardia é injustiça”, os operadores do direito vivenciam, de tempos em tempos, reformas legislativas tendentes a abreviar a duração do Processo sem, no entanto, minimizar os direitos materiais subjetivos dos envolvidos em litígios.

Agora a sociedade brasileira vive outro importante momento de discussão a respeito da celeridade na prestação da tutela jurisdicional. Relativamente ao Processo de Execução, nasceram anteprojetos já convertidos em Lei, como é o caso da Lei 11.232, de 22.12.2005, que instituiu a polêmica sistemática do chamado *cumprimento da sentença*.

---

<sup>1</sup> MACEI, Demetrius Nichele. In Atualidades do processo civil. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.) vol 1. 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007.

Na mesma trilha, logo em seguida, caminham e se multiplicam os estudos quanto às alterações na execução de títulos da Fazenda Pública, hoje tratados por legislação extravagante, considerando as profundas inovações ocorridas no Processo de Execução, relativamente aos títulos judiciais e extrajudiciais gerais.

## 2. A Lei de Execuções Fiscais

Mesmo enfrentando as duras críticas da doutrina, a Lei 6.830, de 22.09.1980, também chamada de “Lei de Execuções Fiscais (LEF)” já completou 31 anos de plena vigência, com modestas alterações. À época de sua edição, a sua dissociação “topográfica” do contexto do Código de Processo Civil (CPC) e o evidente privilégio processual auferido pela Fazenda Pública na cobrança de seus créditos, foram os principais alvos do debate.

Cândido Rangel Dinamarco, em apropriado desabafo, observou que a LEF é resultado de *profunda inspiração autoritária, feita por agentes do Poder Executivo, por este proposta ao Congresso Nacional e ali aprovada às pressas, sem a participação dos especialistas, advogados e magistrados. Acrescentou ainda que as arestas de seus defeitos técnicos e políticos vão sendo aparadas pela obra dos doutrinadores e tribunais.*<sup>2</sup>

O fato de se tornar “legislação extravagante” foi aos poucos superado, na medida em que sua eficácia e aplicação tornaram-se inquestionáveis.

Contudo, a questão dos notáveis *privilégios* ainda causa alguma ressonância. Dentre eles, destaca-se: I) a citação ficta do devedor; II) a substituição facilitada da garantia, por parte da Fazenda; III) a necessidade de intimação pessoal do credor; IV) a imprescritibilidade do crédito, e; V) a possibilidade de substituição do título até a decisão resolutiva de 1º grau.

Humberto Theodoro Júnior observou que a Lei 6.830/80 foi editada com “*o claro e expresso propósito de agilizar a execução fiscal, criando um procedimento especial diverso do da execução forçada comum de quantia certa, regulado pelo Código de Processo Civil.*”<sup>3[6]</sup>

Ora, se o propósito do legislador em 1980 era “agilizar” a execução fiscal, é presumível que a regra contida no Código de Processo Civil não era suficiente para atender as expectativas da Fazenda Pública, especialmente porque a cobrança do crédito

---

<sup>2[5]</sup> Execução Civil. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>3[6]</sup> Lei de Execução Fiscal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

tributário estaria revestida de maior relevância que as demais, posto o interesse público envolvido<sup>4[7]</sup>.

Neste sentido é de se presumir também que, depois de concluída a atual reforma<sup>5</sup> a Fazenda Pública queira manter o procedimento especial existente, e em virtude da prevalência de seus interesses, deixá-lo ainda mais ágil, mais ágil inclusive que a modalidades de Execução recém-nascidas.

O princípio da isonomia processual contido no artigo 125 do CPC dispõe que é assegurado às partes igualdade de tratamento no âmbito do processo judicial, princípio este decorrente do princípio constitucional da igualdade (art. 5º *caput* e inciso II da CF/88).

A Igualdade proclamada na Constituição se refere ao tratamento não discriminado entre pessoas componentes de um mesmo grupo. A lei, portanto, é que vai discriminar os seus destinatários (Estado e cidadãos) separando os grupos um do outro, de forma a estabelecer critérios em que a igualdade se opera, i.e., vai distinguir grupos de pessoas que serão entre si consideradas “iguais” ou em igual situação perante a lei<sup>6</sup>. A “desigualdade” que surgirá será entre os grupos, na medida das suas naturais diferenças.

A igualdade processual, por sua vez, se opera num grupo restrito (denominado de ‘partes do processo’) – fundamentalmente Autor(es) e Réu(s). Considerando que se trata de grupo bastante restrito, a discriminação neste pequeno universo será sempre duvidosa, especialmente quando se tratar do Estado como parte no processo.<sup>7</sup>

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) está permeada de normas de proteção de direitos dos cidadãos, cuja observância é mormente destinada ao legislador e aos

---

<sup>4[7]</sup> Leonardo José Carneiro da Cunha, ao defender o tratamento diferenciado da Fazenda Pública na execução fiscal, critica aqueles que utilizam a expressão “privilégios”, sustentando que: “*Para que a Fazenda Pública possa contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes para tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contém fundamento razoável, atendendo efetivamente o princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.*” (A Fazenda Pública em Juízo. 4 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2006.)

<sup>5</sup> A reforma mencionada, repita-se, refere-se à sistemática de execução de títulos extrajudiciais, dentre os quais inclui-se a inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública – Art. 585, VI do CPC.

<sup>6</sup> Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, na obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>7</sup> Iso Chaitz Scherkerkewitz, ao tratar das *prerrogativas* da Fazenda Pública na LEF, salientou que “As prerrogativas, no mais das vezes, possuem o objetivo de colocar em prática o princípio da isonomia, isto é, equilibrar as relações jurídicas na proteção da igualdade substancial, e não isonomia meramente formal.” (Execução Fiscal. Revista de Processo 77/245.)

governantes. No âmbito do processo, têm-se normas que vão desde o Princípio da Inafastabilidade da análise do Poder Judiciário<sup>8</sup> e do Direito de Petição<sup>9</sup>, até as regras de proteção do trabalhador, das quais decorre o Princípio da Hiposuficiência do empregado no processo, no âmbito do Direito do Trabalho<sup>10</sup>, entre outros.

Em matéria tributária (de que, aliás, se ocupa a Fazenda Pública na grande maioria das Execuções Fiscais em trâmite no Poder Judiciário), a Constituição impõe ao legislador a observância dos chamados “Princípios Constitucionais Tributários” que limitam o exercício do poder de instituir, aumentar e cobrar tributos, evitando excessos do Estado em sua atividade arrecadatória.

Ora, o mesmo potencial “excesso”, prudentemente evitado pelo Constituinte, é também passível de ser praticado pela via processual, pois os privilégios processuais de uma parte invariavelmente causam prejuízo à outra.

É neste contexto que a Lei de Execuções Fiscais, após a promulgação da Constituição de 1988, teve suas críticas renovadas sob o ponto de vista da igualdade.

James Marins, em outro viés, cita a necessidade de observância do princípio da *integridade do contribuinte*, na medida em que a Lei de Execuções Fiscais deve, além de célere e eficaz, dar integral guarida aos direitos do contribuinte, constitucionalmente assegurados.<sup>11</sup> Não é possível confundir *interesse público* com *interesse do governante*, desconsiderando garantias individuais em nome de ocasionais interesses de Estado.

Nelson Nery Junior ao referir-se aos prazos especiais de que fazem jus a Fazenda Pública em juízo, tem opinião diversa. Ressalta o jurista que, antes de caracterizar-se ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial<sup>12</sup>.

É preciso salientar que o crédito tributário definitivamente constituído goza de presunção de liquidez e certeza (*iuris tantum*), e a constituição dessa modalidade de crédito independe do aceite da parte adversa. Assim, os excessos no exercício da atividade administrativa de cobrança judicial do crédito são efetivamente possíveis. No âmbito processual, as desigualdades têm sua medida no Princípio da Razoabilidade e da

---

<sup>8</sup> Art. 5o., inciso XXXV, da CF/88.

<sup>9</sup> Art. 5o., inciso XXXIV, alínea ‘a’, da CF/88.

<sup>10</sup> Art. 7o., da CF/88.

<sup>11</sup> Direito Processual Tributário Brasileiro. 4 ed. rev. ampl. São Paulo, Dialética, 2005.

<sup>12</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 5 ed. 2 tir. São Paulo. RT, 1999.

Proporcionalidade, normas que aos poucos vêm sendo incorporadas à legislação processual nacional<sup>13</sup>.

### 3. O projeto da nova LEF<sup>14</sup>

Apesar de concebido para aproximar o rito da execução fiscal com o da execução civil comum, o projeto claramente mantém privilegiada a cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública pela via administrativa, quando além de *incorporar* as inovações da execução civil, atribui a *atividade* de execução, a Procuradoria da Fazenda. Segundo o autor do projeto, ocorrerá a *translação* da competência, vale dizer, a atribuição de parcela do poder jurisdicional do Estado a um determinado órgão de sua estrutura, a fim de que ponha em prática os atos materiais necessários à realização de suas funções<sup>15</sup>.

A crítica que desde logo se faz a justificativa do projeto é de que o tal “órgão de sua estrutura” é a Própria Fazenda Nacional. Numa expressão popular, é como *transladar* do pastor ao lobo, o dever de cuidar dos cordeiros.

A par das garantias e privilégios para a cobrança do crédito tributário já previstas na LEF e no Código Tributário Nacional, a nova LEF chega as raíças de admitir a justiça com as próprias mãos.

Antes da chamada Execução Administrativa Fiscal, o projeto proposto pelo próprio Poder Executivo<sup>16</sup> reduzia os atuais 42 (quarenta e dois) artigos da LEF para apenas 18 (dezoito). Agora, o projeto em análise contém 51 (cinquenta e um) artigos, aumento quantitativo que parece não ser também qualitativo, na medida em que suprime diversos dispositivos de garantia dos contribuintes.

#### 3.1. Da Aplicabilidade

Logo no preâmbulo, que define a regência da lei, tratou o projeto atribuir também às *fundações de direito público* a legitimidade para propor execuções fiscais, que até então limitava-se aos Entes Políticos Federados e respectivas autarquias.

---

<sup>13</sup> O artigo 2º da Lei Federal 9.784/1999, também chamada de Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), contempla expressamente os citados princípios em seu texto.

<sup>14</sup> O projeto que tem a tramitação em andamento atualmente é o 2412/2007, de autoria do Congressista Régis de Oliveira. Encontram-se apensados a ele os Projetos 5.080, 5.081 e 5.082/2009, que tratam do (1) do projeto de execução fiscal administrativa, (2) das novas modalidades de garantias em favor da fazenda e (3) da nova lei de transações de créditos tributários, respectivamente, todos os três de autoria do poder Executivo. Desde março de 2011 o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Congresso Nacional.

<sup>15</sup> Vide “justificação” [sic] do Projeto.

<sup>16</sup> Vide nossas Considerações a Nova Lei de Execuções Fiscais. Op. Cit. p. 433.

O aumento da abrangência da aplicação da lei, especialmente para as Fundações, já era pacificamente atestado pela jurisprudência dos tribunais<sup>17</sup>. A alteração tem mero efeito de encerrar discussão, na prática superada.

O artigo que conceitua a expressão “Dívida Ativa da Fazenda Pública” (art. 2º da LEF) se desdobra em nove parágrafos. Com a alteração passaria a ter apenas dois parágrafos, sendo os demais re-allocados para outros artigos da Lei, em mero atendimento à técnica legislativa determinada pela Lei Complementar 95, de 26.02.1998.

De relevante neste aspecto tem-se o artigo 4º do projeto que, além de resultar mera re-alocação do parágrafo 4º do artigo 4º da LEF, mantém definitivamente o alcance das garantias e privilégios do crédito tributário contidas no Código Tributário Nacional para a dívida ativa *não-tributária*, com destaque especial à questão da aplicação dos artigos 186, 188 a 192 do CTN. Tal ampliação ficará ainda mais evidente quando tratarmos dos meios de eficácia da execução fiscal.

### **3.2. Da suspensão da prescrição**

Um dos poucos avanços contidos no projeto de lei anterior era a supressão da segunda parte do parágrafo 3º do artigo 2º da LEF. O dispositivo diz que a inscrição em dívida ativa: “... *suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.*”

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, chegou-se à conclusão de que o dispositivo é inaplicável em razão do disposto nos artigos 146, III, ‘c’ da CF/88 e 174 do CTN, a quem cabe estabelecer as regras de prescrição do crédito tributário. Por conta disso, atualmente a norma é aplicável apenas à dívida não-tributária. Se aprovado o projeto, infelizmente, continua a existir tal previsão tanto para ambas.

Neste particular o projeto perde a oportunidade de extirpar dispositivo reconhecidamente incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

Relativamente aos requisitos essenciais do Termo de Inscrição de Dívida Ativa (Art. 2º par. 5º da LEF), o projeto mantém quase que na íntegra o texto existente, trazendo-o agora como artigo destacado. (artigo 7º).

Vale ressaltar, contudo, singela alteração que guarda ampla consequência. Trata-se da interrupção da prescrição com a *instauração* da execução fiscal *administrativa*. Antes havia algum controle por parte do credor sobre a existência de execuções em seu nome, mediante consulta aos órgãos de distribuição do poder judiciário. Agora, com a

---

<sup>17</sup> Vide RTJ 95/321, 90/1091, RF 274/160 e RJTJSP 41/162.

mera instauração na esfera administrativa, fica o devedor sujeito a boa vontade e burocracia do fisco no acesso essa informação de caráter absolutamente interno da Fazenda Pública. Abominável, nesse particular, que a interrupção da prescrição seja proveniente de ato unilateral, cujo controle, aferição e registro são exclusivos do devedor.

Outra iniciativa salutar contida no projeto anterior foi exigir que o credor notifique o devedor do inteiro teor da inscrição em dívida ativa, para que este possa, em 05 (cinco) dias, efetuar voluntariamente o pagamento. O projeto atual não contém tal previsão.

Nota-se a profunda integração entre a fase administrativa de constituição do crédito com a cobrança judicial. A inscrição em dívida ativa e a respectiva notificação da execução fiscal substituem o despacho que ordena a citação e a intimação para o pagamento do débito em 05 (dias) dias. Desta forma, houve verdadeira fusão desses atos, no intuito de aproveitar atos administrativos para reduzir a atuação jurisdicional, abreviando ainda mais o processo de execução.

### **3.3. Da multa e dos Sucessores**

O artigo 9º do projeto consiste no texto do atual artigo 4º da LEF. Esse artigo continuou prevendo a multa de mora como integrante do valor da execução. A multa é figura incompatível com o conceito de tributo estabelecido pelo CTN<sup>18</sup>, na medida em que a mesma se refere à sanção pelo descumprimento de obrigação tributária.

É bem verdade que o CTN é contraditório, pois mesmo afastando a multa do conceito de tributo, a inclui no crédito tributário para fins de sua cobrança em outros dispositivos<sup>19</sup>.

Mesmo abstraindo a contradição apontada, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento que a multa não pode ultrapassar a pessoa do infrator. É por esta razão que se entende, por exemplo, que não é possível impor ao credores da massa falida o pagamento de multas pecuniárias do falido, ou ao herdeiro não pode ser imposto o cumprimento de pena (pecuniária ou não) a que se obrigava o *de cujus*.

Tanto a LEF como o projeto, prevêem que a execução fiscal pode ser promovida contra os sucessores a qualquer título (inciso VI). Ora, considerando que a execução

---

<sup>18</sup> “Art. 3o – Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em e cobrada mediante atividade plenamente vinculada.”

<sup>19</sup> Veja-se o artigo 113, combinado com o 139, ambos do CTN. O primeiro define a obrigação tributária principal com a decorrente do tributo e da penalidade pecuniária, e em seguida estabelece que o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação tributária.

compreende também a multa, o projeto poderia excluir, nestes casos, a inclusão da multa do título executivo, sepultando antigas dúvidas a respeito. Infelizmente, ficou mantido o texto.

O mesmo ocorre com relação às dívidas não-tributárias, em que se inserem as multas penais e processuais<sup>20</sup>.

O parágrafo 1º do dispositivo acima trata claramente de responsabilidade tributária, regulada no CTN, ao dispor que o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador alienarem ou derem em garantia bens dos representados, antes de garantidos as dívidas da fazenda, serão pessoalmente responsabilizados pela dívida.

Ora, sendo a dívida “tributária”, o título executivo que contiver pessoa que sob o império do CTN não tenha responsabilidade pela obrigação tributária, será nulo, pois falecerá de certeza. Desta forma, não poderia o projeto estabelecer co-responsabilidade ao arrepio da Lei Complementar competente. Obviamente, uma vez indicados bens a penhora na execução, e as pessoas mencionadas constituírem como depositários, assumirão responsabilidade pelos bens, mas não a responsabilidade tributária em si. Ademais, sob o aspecto meramente formal, o projeto adaptou os termos do artigo à nova Lei de Falências que prevê o administrador da recuperação judicial.

### **3.4. Da competência administrativa para propor Execução Fiscal**

O projeto revolucionou a LEF relativamente à competência para a propositura da Execução Fiscal. Antes limitava-se a dizer que a competência para julgar execuções fiscais excluía a qualquer outro<sup>21</sup>. Agora, ao menos o crédito da União será inscrito e executado na própria Procuradoria da Fazenda Nacional.

Sem dúvida esta é a principal mudança, digna inclusive de rebatizar a LEF para Lei de Execução Administrativa Fiscal (LEAF).

Conforme já dissemos, trata-se de delegar a primeira fase da execução fiscal ao próprio credor. O pior é que a primeira fase consiste no momento da constrição de patrimônio do devedor, que antes estava sob o controle do Poder Judiciário, para justamente evitar eventuais abusos da Fazenda Pública. (art. 10 do projeto).

Além disso, quanto a notificação do sujeito passivo da propositura da *nova* Execução Fiscal, cujo efeito é principalmente possibilitar o início dos procedimentos de penhora, o projeto prevê a impossibilidade da realização de notificação pelos correios

---

<sup>20</sup> Assis, Araken de. Manual do Processo de Execução. 6 ed.rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2000.

<sup>21</sup> Art. 5º da LEF.

ou por hora certa. Isso significa que se o credor não obtiver êxito na notificação pessoal, poderá diretamente recorrer a notificação editalícia, a ser realizada nos corredores da repartição fazendária, e ainda, como novidade, mediante publicação em Diário Oficial por uma única vez.

Mais uma vez, repetimos, verifica-se a supressão de direitos do sujeito passivo, na medida em que a regra processual civil garantia com mais eficiência a cientificação do devedor, na medida que impunha a utilização de todos os meios disponíveis, antes da malfadada notificação via edital.

### **3.5. Impugnação administrativa na Execução Fiscal**

Para tentar compensar os efeitos acima, claramente contrários ao sujeito passivo, o projeto instituiu a chamada impugnação administrativa para tratar unicamente de matéria de ordem pública.

Aqui, o projeto acaba por reconhecer a eficácia obtida nos últimos tempos com a chamada “Exceção de Pré-executividade”: recente desenvolvimento da doutrina e jurisprudência<sup>22</sup> que veio a admitir este meio processual em defesa do executado, que mesmo diante de títulos flagrantemente nulos, obrigavam-se a garantir a execução para em sede de embargos, demonstrar a nulidade. A constrição do patrimônio, ou a falta dele, fez com que fosse aceito tal remédio processual, para discutir questões tipicamente preliminares, tais como os pressupostos processuais de admissibilidade, condições da ação, legitimidade ‘ad causam’, competência, prescrição, etc.

Obviamente há interesse da Fazenda em evitar o ônus da sucumbência na cobrança de valores prescritos, mas há maior interesse do executado em ver analisada questão prejudicial de mérito sem a necessidade de garantir a execução.

Por outro lado, tal previsão fere o dispositivo da Constituição Federal na medida em que afirma não caber recurso da decisão denegatória proferida em sede de impugnação. Como é cediço, o artigo 5º, LV, da CF/88 prevê que 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.

Além disso, ao afirmar que não há recurso administrativo para tal impugnação, também se dá ofensa ao art. 151, III do CTN, quanto as dívidas de natureza tributária,

---

<sup>22</sup> “Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Embora sem previsão legal, a doutrina tem admitido a defesa do executado, sem oferecimento de penhora, sempre que a matéria argüida diga respeito a vícios intrínsecos ou extrínsecos do título executivo, declaráveis de ofício.” (TRF 4ª Região. 1ª turma. AC 970448355-4/PR. Rel. Vladimir Passos de Freitas. DJU 02.12.1998)

em virtude da garantia de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nessa hipótese<sup>23</sup>.

### 3.6 Do arresto e da penhora

O projeto dispensa, em tese, a necessidade de penhora para a propositura de embargos ao dizer no seu artigo 10, inciso I, que o devedor será notificado para, no prazo de 15 (quinze) dias, pagar a dívida, com juros, multa de mora ou de ofício e demais encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, impugná-la administrativamente ou ajuizar embargos à execução, com efeito suspensivo, perante o juízo competente.

O que parece um avanço, perde tal qualidade no momento em que o mesmo mandado executivo que promove a notificação, também pode ordenar o arresto de bens do executado caso a autoridade entenda que a impugnação administrativa ou os embargos a execução tenham natureza meramente protelatória, o que nos parece um despropósito.

O problema não está em eventualmente reconhecer a ocorrência de recurso protelatório, mas sim atribuir ao credor esse julgamento, ou seja, não pode caber ao credor julgar se o recurso é protelatório ou não. Sob sua ótica, sempre o será.

Merece destaque também a análise do atendimento – pelo projeto - ao consagrado princípio da menor onerosidade do devedor na nomeação de bens a penhora, pois daqui se presume que a faculdade de o devedor indicar bens poderá ser mitigada, a ponto de que no momento do ajuizamento a Fazenda já tenha em vista o bem sobre o qual recairá a execução, seja como garantia dos embargos, seja como expropriação final.

Vê-se no projeto a manutenção de mais um privilégio processual da Fazenda, em afrontamento ao princípio da menor onerosidade do devedor. Se o executado possui mais de um bem que satisfaça o credor, é justo que aquele possa escolher qual deles lhe trará menor ônus, lembrando que a presunção de liquidez e certeza da inscrição em dívida ativa admite sempre prova em contrário.

A ordem de penhora, antes estabelecida no artigo 11 da LEF, é mantida – também para o arresto – mas com uma peculiaridade. O *caput* do artigo 15 do projeto preve que “salvo ordem diversa da entidade credora, o arresto ou a penhora de bens obedecerá a seguinte ordem:” Na prática não haverá ordem legal, mas apenas o que

---

<sup>23</sup> “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...) III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;”

melhor aprouver ao credor. Seria melhor dizer então que: “no caso de silencio do credor, a ordem de constrição será a seguinte:” .

Outra inovação introduzida, prevê a dispensa de mandado judicial tendente a averbar a constrição da penhora junto ao ofício imobiliário e demais instituições. Esta dispensa é verificada no artigo 17 do projeto, que delegou ao agente da fiscalização tributária. Este artigo modifica o texto, porém mantém o conteúdo do artigo 14 da LEF, generalizando os órgãos mencionados (tais como a Junta Comercial, Bolsa de Valores etc.), abrindo a possibilidade de que outras entidades de registro de bens ou direitos sejam também contempladas.

### 3.6. A fase judicial

A atuação do juiz na execução fiscal – de acordo com o projeto – passa a limitar-se tão somente ao julgamento dos embargos a execução. O pretexto do autor do projeto é sempre o de que a Fazenda Pública passa a ser não credor, mas sim um *auxiliar* do juiz, assumindo toda a atividade administrativa e deixando para o Poder Judiciário o que há de mais nobre existe na sua tarefa: interpretar e aplicar a lei ao caso concreto.<sup>24</sup>

Lamentavelmente esqueceu-se que esse generoso auxiliar é também o credor na execução.

Mais adiante, por meio do capítulo XI do projeto, foram instituídos os chamados “meios assecuratórios da eficácia da execução fiscal”.

Assim, não há mais dúvida de que, para fins de cobrança da dívida ativa, é indiferente conceituá-las de tributária ou não, pois se encontram no mesmo patamar de privilégios.

Neste ponto continua bastante questionável o fato de a Lei ordinária (LEF) amplie o sentido e alcance de Lei complementar<sup>25</sup> (CTN), fazendo com que se apliquem os dispositivos desta, expressamente destinados ao crédito tributário, à dívidas que lhe são absolutamente estranhas – as não-tributárias – pelo simples fato de serem do mesmo credor.

O artigo 26 do projeto, por sua vez, é a transcrição do artigo 25 da LEF. Manteve-se, portanto, o privilégio detido pelo representante da Fazenda Pública em ser intimado pessoalmente, e não por meio do Diário de Justiça, a que está sujeito o advogado do executado.

---

<sup>24</sup> Vide justificação do projeto 2412/2007.

<sup>25</sup> O CTN foi criado por lei ordinária (n. 5.172/66) mas recepcionado como Lei Complementar em virtude do art. 146, III da CF/88.

Este dispositivo é um dos mais criticados pela doutrina, e revelam a desigualdade processual perpetrada pelo legislador ordinário da LEF e lamentavelmente mantida pela proposta de reforma. Hoje, com os meios eletrônicos existentes (penhora *on line* etc) e a estrutura de cobrança disponível à Fazenda Pública, não há justificativa (não que houvesse antes) para a manutenção desta discriminação.

Nas disposições gerais e transitórias, merece destaque o tema da sucumbência devida aos advogados dos contribuintes que obtiverem êxito nos embargos. O projeto não trata da sucumbência de forma expressa, mas a contrário sensu dá a entender que a Fazenda não teria o dever de arcar com essa verba. Isso porque o artigo 44, em seu parágrafo único, prevê que: “Vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária”, silenciando quanto a verba sucumbencial. A mesmo efeito será obtido, caso o projeto seja aprovado, na fase de constrição. A jurisprudência atual reconhece que, ao ser estabelecida a necessidade de contratação de advogado, mesmo em sede de Execução de pré-executividade, são devidos os honorários de sucumbência a parte adversa.

Ora, sendo estabelecida a fase administrativa, não há que se falar mais em sucumbência.

Por fim, o projeto também altera dispositivos da Lei da Medida Cautelar Fiscal (Lei 8.397/92) mas não serão objeto de nossa análise nesse estudo.

#### **4. Conclusão**

O fundamental propósito das atuais reformas do Processo Civil é, sem dúvida, a celeridade na prestação da tutela jurisdicional. Isto foi verificado na execução de título judicial, por meio do regime do *cumprimento da sentença*, e está se verificando na execução de títulos extrajudiciais, que sumariza e procura garantir ainda mais a satisfação do credor e deve se verificar nos próximos “atos” com relação à execução fiscal. Caso contrário, a execução fiscal, de processo mais ágil se tornará o processo mais lento no ambiente pós-reforma.

Como ainda vigora o entendimento de que tal agilidade “acima da média” se justifica em razão da supremacia do interesse público sobre o privado, não se poderia admitir que logo a Lei de Execuções fiscais “ficasse para trás” ao final da reforma.

A afirmação é irônica, e a conclusão: equivocada. Na verdade, a execução comum sempre foi merecedora das vantagens processuais da Fazenda Pública. O avanço obtido pela Fazenda é que deve ser perseguido pelo legislador, na proteção dos direitos particulares. Se a execução avança, não deve ser apenas no sentido de agilizar o

processo – como sempre é desejável – mas também deve eliminar as desigualdades injustificadas, em prol do Princípio da Razoabilidade.

Em matéria de tributos, o CTN já prevê um extenso rol de garantias e privilégios ao crédito tributário. O Estado tem a prerrogativa de constituí-lo unilateralmente, praticamente à revelia do contribuinte, afinal, cabe privativamente à autoridade fazendária efetuar o lançamento<sup>26</sup>. Além, disso, tem meios incrivelmente eficazes para inibir a inadimplência, tais como a exigência cotidiana de certidões negativas, a imposição de multas que podem superar o valor do débito originário (acima de cem por cento), sem falar na sua ampla estrutura de fiscalização e arrecadação.

James Marins, com absoluta atualidade destaca que: *“Ao se tornar meros interesses arrecadatários como critérios jurídicos, máxime para privar o contribuinte de seu patrimônio, desviriliza-se o direito...”*, e continua dizendo *“Semelhantes ‘tendências’ colocam as garantias do cidadão-contribuinte como simples entraves à arrecadação, buscando a supressão de qualquer obstáculo...omissis...Infelizmente, esta visão inspirou a Lei de Execução Fiscal e continua influenciando a política fiscal do Estado brasileiro que muitas vezes mostra um desapeço exacerbado em relação ao cidadão.”*<sup>27</sup>

De outra banda, é de se reconhecer que a revogação sumária perpetrada pelo projeto abarcou alguns dispositivos repulsados pela doutrina. É o caso – por exemplo – da regra contida no artigo 34 da LEF, que para Araken de Assis *“De todos os artigos do diploma, alguns bastante imprecisos, este conseguiu a láurea da incorreção máxima, porque agasalha no seu caput quatro grosseiras impropriedades”*. E mais adiante, ao tratar dos dois primeiros parágrafos do mesmo artigo, acrescentou que: *“revigoram-se os vetustos e antipáticos embargos de alçada do art. 839 do CPC antigo”*<sup>28</sup>.

Em suma:

No que tange ao processo de execução fiscal, a “tendência” é (i) a manutenção dos privilégios para a cobrança dos créditos tributários já contidos na LEF, até mesmo com o alargamento de alguns e a instituição de outros; (ii) a correção de umas poucas *impropriedades* que, aliás, não eram objeto de aplicação há tempos; (iii) a profunda integração entre o processo administrativo e o judicial e; (iv) a supressão de prerrogativas atribuídas ao devedor, posto que a reforma no processo de execução dos títulos extrajudiciais privilegia o credor (no caso, mais uma vez, a Fazenda Pública) e vingando a supressão de muitos dispositivos até então existentes na LEF, o CPC volta a

---

<sup>26</sup> Art. 142 do CTN.

<sup>27</sup> Direito Processual Tributário Brasileiro. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

<sup>28</sup> Manual do Processo de Execução. 6. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: RT, 2000.

prevalecer para as execuções fiscais, em caráter subsidiário e de integração na matéria suprimida.

Em se tratando de projeto, é fato que estamos diante de verdadeiro exercício de adivinhação, porém, considerando as recentes mudanças implementadas não há dúvida de que as tendências são claras e iminentes, independentemente do texto a ser aprovado em definitivo.



## **PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA NOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS – LEGITIMIDADE/ILEGITIMIDADE DE EXCEÇÕES**

*Diogo Ferraz Lemos Tavares*

Mestre em Direito Público pela UERJ; Pós-graduado em Direito Tributário pela FGV-RIO; coordenador tributário do Freitas Leite Advogados.

**Resumo:** O presente trabalho estuda o princípio da colegialidade, por meio da análise de seus fundamentos axiológicos e constitucionais. O estudo busca delimitar o conteúdo do princípio através do exame das normas constitucionais e legais que lhe dão suporte, tanto as aplicáveis aos processos judiciais quanto aos processos administrativos. Com base nas premissas então estabelecidas, o trabalho objetiva fixar parâmetros a partir dos quais se compreende que algumas das exceções ao princípio da colegialidade decorrem da (e são justificadas pela) sua conciliação com outros interesses constitucionalmente protegidos, por meio da ponderação, bem como em que ponto essas exceções podem tornar-se ilegítimas.

**Résumé:** El presente trabajo estudia el principio de la colegialidad, por medio del análisis de sus fundamentos axiológicos y constitucionales. El estudio busca delimitar el contenido del principio a través del examen de las normas constitucionales y legales que lo soportan, tanto aquellas aplicables a los juicios judiciales cuanto a los procedimientos administrativos. Con base en las premisas allí establecidas, el trabajo objetiva fijar parámetros a partir de los cuales se comprende que algunas de las excepciones al principio de la colegialidad provienen de (y son justificadas por) suya conciliación con otros intereses constitucionalmente protegidos, por medio de la ponderación; y en qué punto esas excepciones pueden tornarse ilegítimas.

**Palavras-chave:** Colegialidade – fundamentação – exceções – ponderação – limites.

### **1. Introdução**

É notório que o processo judicial brasileiro passa por uma de suas mais profundas crises, uma vez que a máquina judiciária, cada vez mais, mostra-se ineficiente e incapaz de dar vazão à multiplicidade de prestações jurisdicionais que lhe são requeridas diuturnamente.

Pode-se dizer, muito sinteticamente, que essa crise é oriunda de dois acontecimentos intimamente relacionados:

(a) a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os cidadãos passaram a deter (e a ter consciência) de forma mais efetiva uma imensa gama de direitos, cuja constante violação é solucionada, no mais das vezes, pelo Poder Judiciário;

(b) essa maior demanda pela prestação jurisdicional acarretou o assoberbamento do Poder Judiciário, à beira do colapso em razão do imensurável volume de feitos colocados à sua apreciação.

Além disso, o processo – e agora se inclui não só o judicial, mas também o administrativo – se tornou mais complexo diante da necessidade de a ele se incorporarem as garantias constitucionalmente outorgadas ao cidadão, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Em tempos de crise, não raro, surge a tentação de se optar por medidas imediatistas, que prometem a solução do problema no curto prazo, mas que, a rigor, diferem e ocultam vícios que, quando emergirem, podem se mostrar ainda mais perniciosos do que aqueles que agora devem ser enfrentados.

Esse é o caso do princípio que será abordado no presente trabalho, a Colegialidade. A pretexto de se tentar solucionar problemas como a morosidade da Justiça, a imensa quantidade de processos e o grande número de recursos, opta-se pela medida paliativa de limitar, geral e também especificamente, o número de hipóteses em que se efetivará o Juízo Colegiado. É mais uma amostra do costume brasileiro de se combater os sintomas, em vez da doença.

É certo que os defensores da limitação à Colegialidade têm argumentos poderosos na ponta do lápis: o aumento da celeridade; a diminuição do custo da Justiça; ou mesmo o fato de que, nos moldes atuais, o que existe é uma Colegialidade meramente aparente, mas irreal.

A questão que se põe contra tais ataques é a seguinte: aquele aumento e aquela diminuição, embora prestigiem certos objetivos constitucionais, têm a força de suprimir, de modo absoluto, outros interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal? E, ainda que seja possível uma ponderação, quais são os seus limites, até que ponto a Colegialidade pode admitir exceções? Os defeitos aplicativos de determinado instituto jurídico, quando circunstanciais, devem levar à sua extinção ou à sua reformulação?

Para que o presente trabalho não seja de todo árido, procuraremos responder a tais indagações de uma forma mais próxima da realidade do aplicador do Direito.

O trabalho, embora percorra um caminho inicialmente abstrato sobre o conteúdo do Princípio da Colegialidade, valer-se-á, sempre, do Ordenamento Constitucional Brasileiro, para que não parem dúvidas acerca da sua consistência jurídica, ou seja, para não ficar apenas no terreno da utopia, do idealismo que cada intérprete naturalmente carrega em seus pensamentos.

Após, o estudo analisará brevemente o impacto que esse princípio, tal como extraível da CF/88, tem sobre o processo judicial em geral e o processo administrativo de um ramo específico do direito - o Direito Tributário.

## **2. A colegialidade**

O Estado Democrático de Direito exige que as esferas de Poder - executiva, legislativa e judiciária - funcionem em conjunto como uma engrenagem azeitada, de modo que o Estado das quais fazem parte consiga atender satisfatoriamente os múltiplos interesses da sociedade que lhe é subjacente.

Para que esse funcionamento ótimo seja possível, há duas condições básicas e interdependentes: a separação e a independência entre os Poderes.

A primeira é materializada no conhecido Princípio da Separação (ou Divisão) de Poderes, assim resumido por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Judiciário).”<sup>1</sup>

Essa separação (ou divisão) assume duas dimensões, uma negativa e outra positiva, como ensina J.J. GOMES CANOTILHO:

“(...) o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 112.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 250.

Embora o Princípio da Separação de Poderes estabeleça o objetivo de que cada uma das funções governamentais seja exercida pelo seu respectivo órgão, em se tratando de uma norma-princípio, está ele sujeito a ponderações, razão pela qual é possível o surgimento de situações excepcionais em que um órgão realizará função que, *prima facie*, pertenceria a outro órgão. Tal situação é justificada também por CANOTILHO:

“A justeza de uma decisão pode justificar uma ‘compartimentação de funções’ não coincidente com uma rígida separação orgânica. O exercício de poderes administrativos pelo parlamento (ex.: funções de polícia pelo seu presidente), o exercício de funções legislativas pelo Governo (cfr. CRP, art. 198º), o exercício de funções administrativas pelo juiz, são apenas exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada.”<sup>3</sup>

Tanto a regra<sup>4</sup> da separação quanto a exceção decorrente da ponderação têm o objetivo de conferir harmonia ao relacionamento entre os mencionados órgãos de Poder, harmonia essa que, para ser atingida, necessita da independência entre aqueles mesmos órgãos.

Tal independência significa, ainda nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prove e extinguir cargos públicos da Administração Federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, op. cit., nota 2, pp. 251/252.

<sup>4</sup> Não utilizamos o vocábulo regra como espécie normativa, mas sim no sentido da situação que normalmente (em regra) decorre daquele princípio.

a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.”<sup>5</sup>

Resumidamente, o Princípio da Independência dos Poderes aponta o objetivo de que não se permita que determinado órgão de Poder interfira no funcionamento de um outro, a fim de que cada um tenha autonomia e fique livre de pressões no momento de exercer as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

No Brasil, tais princípios estão expressamente consagrados no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “são Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (grifou-se), sendo elevados à Cláusula Pétreia pelo seu art. 60, §4º, III.

Outro pilar do Estado Democrático de Direito é a garantia dos Direitos Fundamentais, dentre os quais se encontra o direito a um julgamento e, mais, a um julgamento justo.

Tomando a dignidade da pessoa humana como um sobreprincípio norteador das demais normas - regras e princípios - presentes no ordenamento jurídico<sup>6</sup>, não há como se conceber que princípios como a inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) sejam vazios de conteúdo, ou seja, apenas representem uma garantia

---

<sup>5</sup> Op. Cit., p. 114.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326-328: “O essencial é que a dignidade humana, apesar de não possuir eficácia direta sobre a matéria tributária, tem uma eficácia indireta sobre as relações obrigacionais tributárias: como as relações obrigacionais tributárias possuem efeitos patrimoniais decorrentes da apropriação de meios de pagamento e efeitos comportamentais juntos ou separados dos encargos tributários, elas atingem a esfera privada e mantêm relação necessária com a liberdade e a propriedade, cuja disponibilidade é afetada. O direito à vida não é violado pelas leis tributárias, desde que se mantenha disponível um mínimo em liberdade e em propriedade.

(...)

Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a dignidade humana possui dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de sobreprincípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de importância e de valoração para o homem cidadão em qualquer forma de atuação do Poder Público.

(...)

Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a dignidade humana qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, na sua dimensão de princípio, caracteriza-se como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação, devendo enfatizar-se, porém, que ela atua sobre outras normas, podendo ser qualificada como sobreprincípio; quanto ao objeto, qualifica-se, na sua dimensão de princípio, como uma limitação positiva, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de dignidade do ser humano enquanto valor e não como objeto; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa e material, na medida em que, sobre ser previsto no art. 1º da Constituição Federal como princípio fundamental, impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de dignidade e de valorização do ser humano.”

formal de que o pleito ou a defesa do cidadão sejam necessariamente submetidos a um determinado órgão. Para nós, evidentemente há um conteúdo material segundo o qual o cidadão não apenas tem o direito de acesso àquele órgão, mas também possui o direito a que tal órgão aprecie a sua situação de maneira justa, com imprescindível observância à Constituição e à Lei.

Caso contrário, estar-se-ia voltando à era do formalismo, em que eram garantidos direitos formais, sem conteúdo material, que, ao fim e ao cabo, muitas vezes não concretizavam nenhuma garantia ao cidadão<sup>7</sup>.

Isso é algo absolutamente inadmissível no atual ponto de evolução do Direito e da sociedade, em que se busca por todos os meios possíveis a *pacificação social*. O Direito serve, muito sinteticamente, para regular, em amplo sentido, as condutas humanas. Essas condutas têm de ser disciplinadas, a fim de que todos os indivíduos possam exercer na melhor medida possível os direitos que lhe são inerentes<sup>8</sup>. E essa regulação é feita através de um sistema coerente de normas, para que a esfera de direitos de cada indivíduo não se sobreponha, arbitrariamente, às esferas de direitos dos demais<sup>9</sup>. Essa organização sistematicamente coerente é imprescindível justamente para que a imbricação de esferas de direitos seja harmonizada, evitando contradições que levariam a conflitos insolúveis dentro do ordenamento jurídico e forçariam o aplicador do Direito a buscar respostas fora do sistema, desde argumentos puramente metafísicos até o mais convincente deles: a força.

Com base nisso, a *pacificação social* deve ser entendida como um estado ideal de funcionamento da sociedade, em que todos os indivíduos possuam (e tenham capacidade de exercer) um rol de direitos que garanta a sua dignidade, o seu desenvolvimento pessoal, o alcance da felicidade máxima possível dentro dos planos que ele traçar (e tenha capacidade de traçar) para si próprio.

---

<sup>7</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 2 e 8: “A jurisprudência dos conceitos do século XIX lançou as bases para a retomada do formalismo jurídicos que, mais tarde, no século XX, seria desenvolvido por Hans Kelsen, em reação ao positivismo sociológico da jurisprudência dos interesses de Philipp Heck, e ao movimento para o direito livre, preconizado por Herman Kantorowicz. O que há de comum entre a jurisprudência dos conceitos do século XIX e a obra de Kelsen, no século XX, é o positivismo formalista, que se caracteriza pelo corte entre o direito e a moral, redutor da realidade jurídica à norma. Segundo Kelsen, o que não está na norma não interessa ao direito. Assim, para o jurista austríaco, a questão da justiça só interessa ao direito quando introduzida por uma norma do ordenamento jurídico”.

<sup>8</sup> Nomeadamente os Direitos Fundamentais voltados à proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

<sup>9</sup> MELLO, Celso de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57: “... sustenta-se como princípio da ordem legal à estruturação do Estado Democrático de Direito o reconhecimento do maior grau de liberdades subjetivas aos cidadãos, desde que este seja compatível com a fruição deste mesmo grau possível de igual liberdade individual dos outros concidadãos”.

Ainda que possivelmente utópico, esse é um ideal que tem de ser incessantemente perseguido pela humanidade, sendo certo que um ambiente como esse pressupõe a busca por soluções (julgamentos) justas para os conflitos que envolvem os vários agentes sociais (estatais ou privados).

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, são inúmeras as indicações do direito a um julgamento justo, como ilustram os seguintes incisos do art. 5º da CF/88, exemplificativamente:

- (a) XXXIV, “a”, que já deixa clara a possibilidade de o cidadão defender seus direitos e combater ilegalidades ou abusos de poder, ao facultar ao particular o direito de petição aos órgãos públicos;
- (b) XXXV, que garante a mencionada inafastabilidade da prestação jurisdicional, que não pode ocorrer nem por meio de lei;
- (c) XXXVII, que proíbe a instituição de juízo ou tribunal de exceção.
- (d) LIV, que obriga a observância do devido processo legal para que uma pessoa seja privada da sua liberdade ou de seus bens;
- (e) LV, que garante aos litigantes judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, instrumentos imprescindíveis à obtenção de um julgamento justo.

Como se vê, o Estado Democrático de Direito materializado na Constituição Federal de 1988 impõe o direito a um julgamento justo, assim entendido, diante dos mandamentos constitucionais vigentes, como o julgamento *subserviente à Constituição e à Lei*, que seja obtido de maneira *independente* mediante o *devido processo legal* e no qual o cidadão-parte tenha um *amplo direito de defesa e de contraditar* os argumentos da outra parte (estatal ou particular). Tudo isso com o objetivo de que a jurisdição seja prestada da maneira que melhor contribua à pacificação social, pois este é o objetivo final, o interesse maior do Direito, como visto.

Pode-se chegar, por ora, a duas premissas sobre o modelo de Estado encampado pela CF/88, no que interessa ao presente trabalho:

- (a) há uma exigência de que os Poderes Públicos não interfiram uns nas funções dos outros (Princípios da Separação e da Independência dos Poderes), com o objetivo de que haja harmonia, autonomia e independência entre esses poderes; e

(b) o cidadão possui direito a um julgamento justo, que resolva as lides de modo independente e não sujeito a pressões eventuais, mas apenas com obediência ao ordenamento jurídico.

A beleza moral desse discurso há que ser materializada na prática. E é aqui que surge a Colegialidade, a fim de dar concretude às exigências decorrentes dos Princípios da Separação e da Independência dos Poderes e do direito a um julgamento justo.

A Colegialidade indica a necessidade de que, tanto quanto possível, os julgamentos sejam tomados por mais de uma pessoa<sup>10</sup>, obviamente em número ímpar para se evitar dissensos ou atribuições arbitrárias de maior peso a um dos julgadores.

Tal necessidade é justificada por motivos tão singelos quanto poderosos, que encerram o seguinte círculo *virtuoso*:

(a) um órgão colegiado está menos sujeito a pressões externas (provenientes de outro órgão de poder, por exemplo) do que uma única pessoa;

(b) essa blindagem frente às pressões torna o órgão judicante mais independente e autônomo, pois as suas decisões, ainda que contrárias a interesses poderosos - mas não agasalhados pelo ordenamento jurídico -, não lhe ensejarão represálias;

(c) tais independência e autonomia tornam possível que o órgão colegiado pautе suas decisões apenas e tão somente no ordenamento jurídico, ou seja, naquilo que aquele órgão considere como a solução verdadeiramente justa para o caso, e não em determinações impostas por terceiros ou mesmo por uma das partes;

(d) todos esses fatores, aliados ao fato de que é mais provável que a melhor solução surja no debate plural do que na imposição unipessoal, incutem nos cidadãos-partes a confiança no sistema e a ideia de que a solução emanada do órgão colegiado, ainda que lhe seja contrária, surgiu exclusivamente da análise do caso concreto à luz do ordenamento jurídico, e não em razão da vontade de um dos envolvidos, o que contribui para o reconhecimento e aceitação social daquelas decisões<sup>11</sup>, imprescindíveis para o funcionamento da sociedade.

---

<sup>10</sup> COHENDET, Marie-Anne. “La Collégialité des Juridictions: un principe en voie de disparition”. In : *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 68, outubro de 2006, ed. PUF, Paris, p. 713/736.

<sup>11</sup> GRECO, Leonardo. “A Falência do Sistema de Recursos”. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 287/216.

Como se vê, na medida em que se constata que as premissas elencadas anteriormente (Princípios da Separação e da Independência dos Poderes e o direito a um julgamento justo) encontram-se fortemente presentes no Ordenamento Constitucional brasileiro; e que aquelas premissas normativas têm como corolário a Colegialidade, fica patente que esta última também se faz presente naquele ordenamento, devendo ser observada na estruturação no sistema processual, judicial e administrativo, do nosso país.

Trata-se, a rigor, de uma norma-princípio<sup>12</sup>, a indicar que os julgamentos administrativos e judiciais devem ser proferidos por órgãos colegiados, sempre que possível e enquanto conciliáveis, mediante ponderação, com outros objetivos constitucionais, tudo para que a solução deles advinda esteja conforme aos supracitados princípios e direitos. E essa norma deve orientar o intérprete na aplicação do Direito, com o intuito de que os ditames constitucionais sejam respeitados e atingidos em medida ótima.

### **3. A colegialidade e o processo judicial**

É possível dizer que o sistema judicial previsto na CF/88 adotou a Colegialidade como princípio, tanto nos tribunais de segunda instância, quanto nos tribunais superiores.

Não obstante seja princípio implícito no sistema de divisão dos poderes, uma vez que é garantia evidente da independência do Poder Judiciário<sup>13</sup>, a Colegialidade aplicável aos processos judiciais pode ser extraída dos seguintes dispositivos constitucionais:

“Art. 93.  
(...)”

---

<sup>12</sup> Adotamos como premissa, aqui, o entendimento de ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (...) Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.”

<sup>13</sup> Como visto anteriormente.

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares **tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros**.

XI – **nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores**, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

**Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios** será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.” (grifou-se)

De início, pelo inciso X do art. 93 acima transcrito, pode-se extrair que, se os Tribunais possuem órgão colegiado para deliberação de questões administrativas, não há razão para que tal estrutura não seja estendida à atividade jurisdicional contenciosa. Entendimento contrário levaria à conclusão de que existe um órgão colegiado tão somente para análise de questões administrativas, que ficaria inoperante para as demais atividades jurisdicionais, o que não parece fazer sentido algum.

O art. 94 é ainda mais esclarecedor, pois, se há norma que regula o preenchimento de um quinto das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, não há como supor que tais órgãos mantenham composição singular.

Vale ainda ressaltar que, a par de decorrer do Princípio da Separação dos Poderes e do direito a um julgamento justo, bem como de estar explicitamente indicado nos dispositivos acima, a adoção do Princípio da Colegialidade pela Constituição Federal é reforçado pela indicação expressa acerca do número de integrantes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais:

“Art. 101. **O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros**, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

(...)

Art. 104. **O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.**

(...)

Art. 107. **Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes**, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos (...).” (grifou-se)

No que tange aos Tribunais Estaduais, apesar de não haver indicação expressa do número de componentes, pode-se afirmar que a observância ao Princípio da Colegialidade decorre dos dispositivos acima comentados. Nesse ponto, a Constituição Federal pretendeu descentralizar a organização judiciária, conferindo com isso maior autonomia aos Estados, em claro respeito ao Princípio Federativo (art. 1º, *caput*, da CF/88). Confira-se:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, **observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.**” (grifou-se)

No caso do Estado do Rio de Janeiro, o princípio da colegialidade é implementado pelo Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe, em observância à Constituição Federal:

“Art. 17. **O Tribunal de Justiça compõe-se de 180 (cento e oitenta) desembargadores** e tem como Órgãos Julgadores as Câmaras Isoladas, a Seção Criminal, o Conselho da Magistratura, o Órgão Especial, a que alude o item XI do artigo 93, da Constituição da República e, como integrante de sua estrutura administrativa, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.” (grifou-se)

O Código de Processo Civil, por sua vez, reforça o Princípio da Colegialidade em inúmeros trechos. Basta observar o Capítulo VII, que dispõe sobre a Ordem dos Processos dos Tribunais, para se chegar à conclusão de que nos tribunais a jurisdição é exercida por órgãos colegiados. Por todos, vale citar o art. 555, que exige que a decisão do julgamento de apelação ou agravo seja tomada, “na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes”.

### 3.1. Exceções ou Violações à Colegialidade?

Poder-se-ia, contudo, objetar a aplicação do princípio em tela no direito processual brasileiro diante do exercício da jurisdição singular na primeira instância ou, ainda, levando-se em consideração o art. 557 do Código de Processo Civil.

Assim, poderia surgir o argumento de que, se a primeira instância é exercida por juízos singulares, o Princípio da Colegialidade encontra apenas aplicação parcial no ordenamento jurídico brasileiro, já que é observado apenas nas instâncias superiores, ao contrário do que ocorre em outros países, como a França.

Da mesma forma, a análise superficial do art. 557 do Código de Processo Civil poderia levar à conclusão errônea de que em nosso país nem na segunda instância o princípio em comento encontra plena eficácia, uma vez que o julgador pode decidir monocraticamente nos casos descritos em lei.

Contudo, tais argumentos não são suficientes para descaracterizar a necessária observância ao Princípio da Colegialidade ou diminuir sua importância no sistema processual judicial brasileiro.

Em primeiro lugar, para se chegar a uma conclusão correta sobre a aplicação do Princípio da Colegialidade, há que se atentar que existem outras normas também consagradas constitucionalmente, que possuem campos de incidência que se sobrepõem. São elas, por exemplo:

- (a) o “princípio fundamental a um processo sem dilações indevidas”<sup>14</sup>; e
- (b) o postulado da eficiência administrativa (na sua vertente da busca pelo menor custo), levando-se em consideração que os tribunais também exercem atividade administrativa.

Inúmeros são os autores<sup>15</sup> que ressaltam a ineficiência e inoperância do Direito Processual Brasileiro, diante do atual quadro de problemas que se fazem presentes, principalmente pela excessiva quantidade de recursos que podem ser utilizados somente para fins protelatórios, bem como pelo notório descompasso entre o número de pessoal e o volume de feitos a serem julgados.

---

<sup>14</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e do Conhecimento. 9 ed., v.1, JusPodivm, Bahia: 2008, p. 41. O princípio fundamental em tela encontra-se positivado no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>15</sup> Sobre o princípio da celeridade, cf: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 17 ed., V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p.127; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 153.

Tais problemas têm como resultado imediato a dilação do prazo médio de duração do processo, que pode se arrastar não raramente por décadas, prejudicando a efetividade dos direitos fundamentais<sup>16</sup>. A extrema demora no curso processual encontra-se de tal maneira psicologicamente difundida na sociedade brasileira que, infelizmente, se tornou popular o jargão segundo o qual o jurisdicionado “ganha, mas não leva”, ou seja, sai vencedor da lide judicial, porém não consegue ver cumprida a decisão que lhe foi favorável.

É por isso que, observando o Postulado da Proporcionalidade<sup>17</sup>, o legislador procedeu à ponderação entre o Princípio da Colegialidade e o da Celeridade Processual, para determinar que na primeira instância a jurisdição será exercida pelo juízo monocrático.

Como se trata de instância onde é realizada toda a instrução probatória, demandando, conseqüentemente, mais tempo, o juízo é singular. E nos parece razoável que assim seja, pois, caso contrário, é bastante provável que o processo tivesse seu curso demasiadamente longo até que fossem deliberadas todas as decisões e apreciações realizadas na primeira instância. Basta imaginar a demora e o transtorno causados pela necessidade de reunião do órgão colegiado toda vez que fosse preciso deliberar sobre alguma prova, sobre a gratuidade de justiça ou sobre todas as diligências determinadas em juízo.

O resultado dessa ponderação não acarreta a supressão do Princípio da Colegialidade do nosso ordenamento jurídico, porque, insatisfeito com o resultado do julgamento, o jurisdicionado pode se valer da segunda instância, onde o colegiado é a regra. Assim, nos parece que o Princípio da Colegialidade não é violado, uma vez que o tribunal possui competência para conhecer de toda a matéria discutida na primeira instância (art. 515 e 516 do Código de Processo Civil), mas apenas cede vez, pontualmente, a outros princípios também presentes no texto constitucional.

Note-se que a razoabilidade dessa opção também reside no fato de que, com a estrutura do juízo único em primeira instância, há significativa economia de custos, o

---

<sup>16</sup> MARINONI, Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2 ed., v. 1, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 192.

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-114: “O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)”

que atende em maior proporção o postulado da eficiência (art. 37 da CF/88), em sua vertente de dever de escolha dos meios menos custosos *ceter paribus*<sup>18</sup>.

Como efeito, não se trata de um dever de buscar inadvertidamente o menor custo possível, porém de estabelecer qual é o melhor custo-benefício. A Administração deve procurar, dentre os meios que podem ser utilizados, aquele que, apresentando baixo custo, melhor se adequa ao fim a ser promovido, que deve ser satisfatório, bem como restrinja em menor medida os direitos do administrado. Como se nota, é preciso que haja um equilíbrio entre o fim almejado, o preço e o impacto para o administrado, como também impõe o Postulado da Proporcionalidade<sup>19</sup>, em seu exame de adequação:

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o legislador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.

(...)

A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim.

(...)

Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos - por exemplo, quando edita atos normativos - a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim.”<sup>20</sup>

Para nós, no Brasil, a solução que mais atinge tal propósito, em termos de organização judiciária, é o juízo único em primeira instância, pelos seguintes motivos:

(a) o fim (prestação jurisdicional) é satisfatório, pois o juízo singular tem o potencial de estar mais perto da parte e, com isso, desenvolver de maneira mais eficaz todos os incontáveis procedimentos necessários à instrução do processo;

(b) os custos do juízo singular são menores se comparados com a manutenção de um órgão colegiado, por motivos óbvios;

---

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva 2006, p. 433: “(...) não há o dever absoluto de escolher o meio que cause menos custo administrativo (*Vewaltungsaufwand*). A medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente. Só porque a medida é econômica não quer dizer que, em face da consideração de todas as circunstâncias, deva ser adotada. Em segundo lugar, essas ponderações apontam para o dever de a administração escolher o meio menos dispendioso somente no caso de ficarem inalteradas (*ceter paribus*) a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos”.

<sup>19</sup> Já sucintamente descrito acima - nota 17.

<sup>20</sup> ÁVILA, Op. Cit., nota 23, p. 116-119.

(c) o impacto causado ao administrado não é desproporcional, tendo em vista que, não obstante tenha sido privado de um órgão deliberativo em primeiro grau, em caso de insatisfação sua demanda terá plena cognição no tribunal, em regra em um órgão colegiado.

Com relação ao art. 557 do Código de Processo Civil, tal dispositivo prevê que o relator poderá negar seguimento (*caput*) ou dar provimento (§ 1º - A) ao recurso, nas hipóteses ali previstas:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

Com tal dispositivo, pretendeu o legislador mais uma vez privilegiar o Princípio da Celeridade Processual. Assim, levando-se em consideração o atual prestígio que a jurisprudência encontra no Direito Brasileiro - que cada vez mais se aproxima (ou tenta se aproximar) de práticas inerentes ao sistema do *common law* -, bem como a existência de uma grande quantidade de recursos potencialmente protelatórios, deixa-se de aplicar o Princípio da Colegialidade em casos bastante restritos.

Essa decisão monocrática, frise-se, não é definitiva nem indene de impugnação, uma vez que pode ser atacada por Agravo (Regimental ou Interno), nos termos do § 1º do art. 557, como se nota abaixo:

“§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”

Nesse sentido, veja-se a lição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO<sup>21</sup>:

“O ‘princípio da colegialidade’, entendido nos termos e com a ressalva dos parágrafos anteriores, como todo princípio, não pode

---

<sup>21</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

ser compreendido como dogma. É correto o entendimento, amplamente vencedor na doutrina e na jurisprudência, de que não agride nenhum princípio constitucional do processo civil a circunstância de a lei, rente à concretização de outros valores constitucionais do processo – celeridade e racionalidade nos julgamentos, por exemplo (v. n. 15, *infra*) -, dispor que no âmbito dos Tribunais, decida-se de forma isolada (monocraticamente), *desde que* a lei preveja uma forma suficiente de contraste desta decisão o órgão colegiado, isto é, pela ‘Turma’ ou pela ‘Câmara’.”

A nossa crítica, neste ponto, não se atém ao Princípio da Colegialidade. Afinal, não obstante a possibilidade de julgamento monocrático, o jurisdicionado ainda pode ter seu recurso apreciado pelo órgão colegiado, bastando a interposição do recurso cabível.

O problema - e o questionamento constitucional - surge, a nosso ver, a partir do momento em que a parte, após aquela decisão monocrática, tem seu *direito de defesa significativamente limitado*, uma vez que a pauta de julgamento do respectivo recurso (Agravo Regimental, por exemplo) *normalmente não é publicada e não há o direito de sustentação oral* (que haveria se o recurso julgado singularmente fosse uma apelação).

Tais limitações não nos parecem justificáveis, pois não preenchem os requisitos do já citado Postulado da Proporcionalidade:

(a) são inadequadas, pois o fim almejado (celeridade processual) não é alcançado mediante a economia da publicação de pauta e dos 15 (quinze) minutos facultados às partes para a sustentação oral;

(b) são desproporcionais em sentido estrito, pois, além de o fim almejado não ser atingido, há uma supressão irreversível de direitos do particular que prejudica indubitavelmente a sua ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), pois não há transparência eficaz no que tange ao momento do julgamento (ausência de publicação de pauta) e é suprimido o seu único instrumento de defesa oral em sede recursal (impossibilidade de sustentação oral)..

Por essas razões, acreditamos que a CF/88, nomeadamente pelos Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório, do Devido Processo Legal e da Colegialidade, impõe que os recursos interpostos contra decisões monocráticas que substituem apreciações colegiadas em sede recursal possuam as mesmas prerrogativas dos recursos originais que foram julgados monocraticamente.

De toda sorte, o exame desses exemplos demonstra que é possível uma ponderação entre o Princípio da Colegialidade e outros princípios aplicáveis ao âmbito processual, sendo viável que aquele primeiro ceda lugar, *pontualmente*, a estes últimos.

No entanto, tal ponderação deve se dar de maneira cuidadosa, fundamentada e obedecer aos critérios constitucionais, como o Postulado da Proporcionalidade, sob pena de se afrontar não apenas o Princípio da Colegialidade, como também os direitos e garantias por ele escoltados.

#### **4. A colegialidade no processo administrativo**

Como visto anteriormente, a harmonia do Estado Democrático de Direito está pautada na tri-partição de poderes. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). Contudo, a divisão de poderes não é rígida, podendo os órgãos exercer funções uns dos outros, de forma suplementar, para que haja maior eficiência interna.

Por exemplo, há hipóteses em que o Poder Executivo exerce a função jurisdicional para dirimir conflitos entre a Administração e os administrados. Daí nasce o processo administrativo, que tem como nascedouro o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88.

Uma das esferas em que o processo administrativo talvez tenha maior destaque é a tributária, pois trata-se do ambiente em que o Poder Executivo procede à extração compulsória de parte das riquezas dos cidadãos para o custeio das múltiplas atividades estatais, o que gera, obviamente, diversos conflitos.

Conforme noticia RICARDO LOBO TORRES<sup>22</sup>, a concepção original dos idealizadores do Código Tributário Nacional a respeito do processo administrativo fiscal era “orgânica e unitária”, de modo que “o processo fiscal teria início sempre por um ato do contribuinte, que reagia à decisão autoritária do Fisco”.

Para demonstrar essa ideia inicial, TORRES se vale do magistério de RUBENS GOMES DE SOUZA:

“Chegamos assim a uma concepção orgânica e unitária do processo fiscal, que reúne em um mesmo sistema o procedimento administrativo do lançamento e o procedimento jurisdicional do contencioso. Esta

---

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O Direito à Ampla Defesa e a Processualidade Tributária”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 557.

conceituação se justifica pela constatação, de certo modo imediatista, de que as fases oficiosa e contenciosa do processo formativo da obrigação tributária visam ambos a uma mesma finalidade única, a saber, a constituição do crédito tributário a favor do Estado, e reciprocamente a constituição da obrigação tributária contra o contribuinte.”<sup>23</sup>

Essa ideia simplista do processo administrativo fiscal é ultrapassada por todas as modificações pelas quais passa o Direito Público ao longo do tempo e pelo surgimento do Estado Democrático de Direito, que, nas palavras de RICARDO LOBO TORRES, “exige a participação e o consenso”. ODETE MEDAUAR reforça este entendimento:

“A afirmação da processualidade tributária como processo não se apresenta gratuita, aletatória ou desprovida de consequências práticas. Sendo processo, expressa, além do vínculo entre atos, vínculo jurídico entre os sujeitos, em termos de direitos e deveres. Entre outras consequências está o enquadramento da situação nas garantias previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, nas garantias do contraditório e ampla defesa, com seus desdobramentos.”<sup>24</sup>

Isso também é verificado nos dizeres de LÍDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS:

“O processo administrativo tributário responde a esta questão, potencializando sua atuação como ferramenta a serviço da cidadania democrática, mas que encerra temas a serem enfrentados para sua melhor efetivação.

(...)

Os paradigmas tradicionais devem ser superados diante das novas exigências de transformações sociais, buscando-se a concretização de justiça social, assente em parâmetros constitucionais, a partir de políticas eficazes que incorporem a participação dos cidadãos nos centros de poder.

(...)

A administração pública democrática exige o estímulo à participação do cidadão na gestão pública, com transparência dos atos administrativos praticados, com publicidade das decisões das opções consideradas, dos efeitos previstos e das justificativas necessárias.

---

<sup>23</sup> SOUZA, Rubens Gomes de. *apud* TORRES. Op. cit., nota 24, p. 557.

<sup>24</sup> MEDAUAR, Odete. “Processualização e Publicidade dos Atos do Processo Administrativo Fiscal”. In: SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga (org.). *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo : Dialética, 1995, p. 122.

Enquanto o contribuinte de antes mantinha para com o Estado uma situação de sujeição total, em relação ao seu poder impositivo, hoje, o Estado está a serviço da comunidade, passando-se à necessária cooperação do cidadão com a comunidade administrativa.”<sup>25</sup>

Ganha força, assim, o pensamento segundo o qual o processo administrativo fiscal, mais do que voltado à constituição do crédito tributário (arrecadação), tem como objetivo dirimir, à luz do ordenamento jurídico vigente e da verdade material, situações pontualmente litigiosas que envolvam Fisco e contribuinte, notadamente divergências acerca da ocorrência de fatos geradores, da quantificação da obrigação tributária etc.

Em outras palavras, o processo fiscal torna-se mais um instrumento voltado à concretização de uma tributação justa, adequada aos ditames constitucionais, que auxilie dentro do seu campo de atuação na persecução dos valores e ideais mais caros à sociedade, como a justiça, a igualdade e a segurança.

Essa alteração conceitual é sentida em inúmeros países<sup>26</sup> e não poderia passar despercebida no Brasil.

Tanto é assim que a legislação básica do processo administrativo fiscal (Decreto nº 70.235, de 06.03.1972) sofreu inúmeras alterações<sup>27</sup>, assim como surgiram legislações esparsas<sup>28</sup> que buscam tornar real essa maior participação e cooperação entre Fisco e contribuinte na seara administrativa.

É exatamente nesse sentido que a Constituição Federal concede ao cidadão a garantia de que terá acesso, *ainda em âmbito administrativo*, ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, para dirimir qualquer contenda (art. 5º, LV, CF/88). Ampla defesa essa que sofre uma releitura na esfera administrativa e é estendida com o objetivo de adquirir uma maior efetividade. Alguns corolários dessa extensão são fornecidos por RICARDO LOBO TORRES:

---

<sup>25</sup> RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues, “Processo Administrativo Tributário em Perspectiva de Cidadania Democrática”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 384-387.

<sup>26</sup> TORRES. Op. cit., nota 24, traz alguns exemplos: “Alguns países publicaram os seus Estatutos do Contribuinte, como os Estados Unidos (Taxpayer Bill of Rights II, de 1996, complementado pelo Taxpayer Bill of Rights III, de 2003), a Espanha (Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes – LDGC – nº 1/1998) e a Itália (Estatuto dos Direitos do Contribuinte Italiano (EDC), de 31.07.2000), prevendo novo relacionamento entre as repartições fazendárias e os contribuintes.”

<sup>27</sup> Cite-se, como exemplo, a alteração que a Lei nº 11.196, de 21.11.2005, realizou no art. 113 do Decreto nº 70.235/72, ao prever a súmula vinculante do Conselho de Contribuintes, a fim de conferir transparência e segurança ao contencioso administrativo.

<sup>28</sup> Um exemplo é a previsão do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, que regula um novo procedimento da compensação tributária e admite que o contribuinte maneje recurso contra a decisão administrativa que não homologue a compensação ao Conselho de Contribuintes.

- “a) contém o direito à audiência prévia;
- b) caracteriza-se também como direito irrestrito de petição e recurso (art. 5º, inciso XXXIV, a, da CF);
- c) exige o duplo grau de jurisdição;
- d) baseia-se na motivação das decisões;
- e) implica o desfazimento dos atos complexos na mesma seqüência da sua construção;
- f) reaproxima a forma processual do conteúdo tributário na busca da verdade material.”<sup>29</sup>

Todas essas modificações consubstanciam um claro passo em direção da já mencionada participação e cooperação do contribuinte no processo administrativo fiscal, pois que lhe facultam uma atuação ativa e determinante na investigação das questões tributárias. Nas palavras de RICARDO LOBO TORRES:

“Na democracia deliberativa e no Estado Cooperativo, a processualidade fiscal, eminentemente dialógica, baseia-se na possibilidade de audiência prévia do contribuinte. Não basta que o cidadão tenha o direito de pleitear a anulação dos atos administrativos abusivos, senão que se torna necessário que seja ouvido previamente à decisão administrativa que lhe é prejudicial. Os interesses envolvidos, a significação econômica dos investimentos e a complexidade dos laudos e das perícias técnicas, além das repercussões sobre o mercado, como acontece no caso que se examina, tudo leva à necessidade da prévia audiência do contribuinte.”<sup>30</sup>

Por outro lado, a necessidade de publicidade e de transparência, como instrumentos viabilizadores de um efetivo contraditório, também é ressaltada por ODETE MEDAUAR. A autora discorre sobre a imposição de “informação geral” ao contribuinte sobre os fatos do processo, da motivação das decisões administrativas, da liberdade de acesso aos documentos e elementos do processo e da vedação do uso de elementos que não constam dos autos, para ao final concluir:

“A publicidade no âmbito do processo administrativo fiscal pode ser vista, não só como decorrência da garantia do contraditório assegurada aos contribuintes. A atuação administrativa ‘visível’ associa-se à prática do Estado Democrático e, vista do ângulo da Administração, propicia clima de maior confiança nas atuações desta e, por conseguinte, leva à maior facilidade na adesão às medidas que edita. Esta ‘credibilidade

---

<sup>29</sup> TORRES. Op. cit., nota 24, p. 561.

<sup>30</sup> Ibid.

administrativa' por certo traz inúmeros benefícios à vida na coletividade, em especial nas relações Fisco-contribuinte.”<sup>31</sup>

Como se vê, a nova abordagem do processo administrativo, que passa por uma revitalização decorrente da inserção das ideias de participação e de cooperação da Administração e dos contribuintes, traz à luz a concepção de julgamento justo<sup>32</sup> já abordada anteriormente: o processo administrativo tributário não trata apenas de definir pela arrecadação ou pelo não pagamento, mas sim por uma tributação que permita a angariação de recursos em conformidade com o ordenamento jurídico e em observância aos direitos fundamentais.

Essa nova concepção causa o afastamento da ideia de que o processo administrativo configuraria somente um expediente de auto-controle da Administração Pública, que permitiria, inclusive, que as decisões adotadas pelos órgãos colegiados fossem reformadas ou condicionadas ao crivo daquele que ocupa o mais alto posto da respectiva organização estatal (Ministro da Fazenda, Secretário da Fazenda etc.)<sup>33</sup>.

Tal ideia é superada pela noção de que o processo administrativo não apenas é o instrumento do referido auto-controle - e nele tem um de seus fundamentos -, mas também configura uma legítima função jurisdicional atípica, que tem o objetivo de solucionar contendas entre a Administração e os administrados dentro da estrutura da primeira, porém com a participação ativa e a cooperação de ambos, conforme ensina JOSÉ ANTONIO MINATEL:

“Verificar a legitimidade da atuação do agente público nos procedimentos adotados para a formalização da pretensão da Fazenda Pública, assim como zelar pela adequada aplicação da regra de incidência tributária ao caso concreto, mediante ‘atuação conforme a lei e o Direito’, eis os limites e a nobre missão reservada ao processo administrativo tributário.

---

<sup>31</sup> MEDAUAR. Op. cit., nota 26, p.126.

<sup>32</sup> RIBAS, Op. cit., nota 24, p. 390, confirma: “Ao elevar para a Constituição Federal o processo administrativo, equiparando-o ao judicial para obediência aos princípios processuais maiores da ampla defesa e do contraditório, a razoabilidade e os meios que garantam celeridade na tramitação, o Constituinte deu ao processo administrativo tributário status de função judicante, cuja valorização inevitavelmente o coloca como meio de acesso à ordem jurídica justa.”

<sup>33</sup> Na esfera Federal, o art. 26 do Decreto nº 70.235/72 assim prevê:

“Art.26. Compete ao Ministro da Fazenda, em instância especial:

I - julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interpostos pelos Procuradores Representantes da Fazenda junto aos mesmos Conselhos;

II - decidir sobre as propostas de aplicação de equidade apresentadas pelos Conselhos de Contribuintes.”

A jurisprudência brasileira limita a ingerência daquele superior hierárquico aos casos de nulidades nos julgamentos colegiados, sem a possibilidade de se adentrar ao mérito já apreciado pelo órgão plural técnico (STJ, 1ª Seção, MS nº 8.810, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.10.2003, e 2ª Turma, RMS nº 24.947, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 06.12.2007).

(...) enxergar uma estrutura organizada dentro do Poder Executivo, com a função de solucionar conflitos de cunho tributário, implica reconhecer a natureza das diferentes funções exercidas pelos agentes responsáveis pela administração tributária (...).

(...) Assim, enquanto uns praticam atos administrativos com nítida natureza procedimental, na medida em que têm a missão de examinar a efetividade da aplicação da lei tributária (...), outros terão a missão de resolver os eventuais conflitos gerados pela resistência do sujeito passivo à pretensão formalizada pela Fazenda Pública (atividade atípica) (...).<sup>34</sup>

A distinção de funções é corroborada por LÍDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS, que entende que “o processo administrativo tributário é um mecanismo de revisão” e exprime a “função judicante administrativa fiscal”, a qual “permite sejam cessados determinados litígios que afetam a relação Fisco/contribuinte”<sup>35</sup>.

Precisamente no intuito de prover o cidadão de um órgão ao qual ele pudesse recorrer de maneira eficaz quando se sentisse lesado por uma tributação ilegítima do Estado, criou-se a figura do Conselho de Contribuintes. A ideia é de que somente um órgão colegiado, composto por representantes do Estado e dos contribuintes, poderia gozar de eficiência, independência, autonomia, imparcialidade e respeitabilidade perante a sociedade, uma vez que é formalmente vinculado ao ente governamental. E é aqui que se faz presente o Princípio da Colegialidade no processo administrativo tributário.

A estruturação do processo administrativo tributário federal merece ser estudada breve e especificamente, por ser adotada como paradigma no restante dos Entes Federativos.

#### **4.1. O Processo Administrativo Tributário Federal**

A Lei nº 9.784/99 assegura aos administrados o acesso ao contencioso administrativo (art. 3º) e, em que pese não regular a formação dos órgãos julgadores, regulamenta certos atos dos colegiados:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam

---

<sup>34</sup> MINATEL, José Antonio. “Procedimento e Processo Administrativo Tributário: dupla função administrativa, com diferentes regimes jurídicos”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 330/331.

<sup>35</sup> RIBAS, op. cit., pp. 390/391.

hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

**Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.”** (grifou-se)

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 3º A motivação das decisões de **órgãos colegiados** e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.” (grifou-se)

Prestigiando o princípio em análise na seara tributária, o Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal federal, determina que o contencioso administrativo será formado por instâncias colegiadas, nos termos de seu art. 25, o que demonstra a forte presença do Princípio da Colegialidade no processo administrativo federal.

Há que se ressaltar que a formação do colegiado é de suma importância nas Delegacias de Julgamento (1ª instância administrativa), vez que estas são formadas exclusivamente por funcionários ligados à Administração Pública. Já se disse que o juízo único é mais vulnerável a pressões e o processo administrativo é particularmente mais sensível a isso, como afirmaram os seus próprios membros, conforme ilustra a transcrição feita por MARIE-ANNE COHENDET:

“A colegialidade é a melhor garantia de um processo mais imparcial. A colegialidade é a única que pode evitar os riscos da subjetividade inerente ao contencioso de estrangeiros. **Um juízo único está exposto a pressões advindas dos prefeitos (ela é exercida às vezes nominativamente)** (...) (Montchrestien, Direito do Contencioso Administrativo)” (grifou-se).<sup>36</sup>

Assim, o debate colegiado das questões nas Delegacias de Julgamento permite que não prevaleça o entendimento daqueles que fecham os olhos para certas irregularidades em virtude de sua submissão hierárquica ao Ente Estatal, pois podem ser balanceados por julgadores que por qualquer motivo sejam menos sujeitos a eventuais pressões.

---

<sup>36</sup> COHENDET, op. cit., tradução livre.

No que concerne à 2ª Instância Administrativa, desde os primórdios do Conselho de Contribuintes Federal, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estão presentes a Colegialidade e a característica de ser um colegiado paritário.

O Decreto nº 16.580, de 04.09.1924, já instituía um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, com competência para julgamento de recursos referentes ao Imposto sobre a Renda, cujos cinco membros seriam escolhidos entre contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos, todos de reconhecida idoneidade e nomeados pelo Ministro da Fazenda.

No Decreto nº 5.157, de 12.01.1927, fora estabelecido que os recursos dos contribuintes em matéria fiscal, sobretudo no tocante aos impostos de consumo, seriam julgados e resolvidos por um Conselho constituído, em partes iguais, por funcionários da Administração Pública e por contribuintes nomeados pelo Governo, estes por proposta das principais associações de classe, representativas do comércio e da indústria, funcionando sob a presidência do Ministro da Fazenda ou da autoridade fiscal por ele designada<sup>37</sup>.

A estrutura colegiada e o prestígio às decisões assim tomadas são verificados até os dias de hoje, mesmo após as recentes mudanças na composição e no funcionamento do órgão máximo em termos de processo administrativo tributário.

Vê-se, assim, que a Colegialidade está arraigada na estrutura do processo administrativo fiscal federal, que deve servir de exemplo para todos os outros contenciosos administrativos, porque as mesmas imposições que o Princípio da Colegialidade e seus correlatos exercem sobre o processo judicial são, a nosso ver, aplicáveis ao âmbito administrativo, diante da sua releitura já dissecada anteriormente.

#### **4.2. Importância dos Órgãos Colegiados Paritários**

“O Estado de Direito exige que os atos da Administração Pública sejam exercidos em restrita obediência às normas legais e com uma disciplina indispensável à estabilidade desses atos, bem como ao respeito dos interesses jurídicos da Administração. O processo administrativo fiscal tem que garantir a segurança jurídica e a justiça. Ruy Cirne Lima cita palavras de Ruy Barbosa, para quem ‘a justiça não é senão a igualdade perante o direito comum e as suas garantias processuais’”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Dados obtidos em <<http://www.conselhos.fazenda.gov.br/domino/Conselhos/SinconWeb.nsf/webHistoricoContribuintes?OpenForm>>, acesso em 12.07.2008.

<sup>38</sup> RIBAS, op. cit., nota 24, p. 390.

Partindo dessa premissa, a característica do CARF de ser formado por um colegiado paritário visa garantir a segurança jurídica e a justiça nas decisões administrativas, uma vez que a presença de representantes dos contribuintes tem o condão de fazer com que as decisões objetivem o real interesse público<sup>39</sup>, e não o interesse meramente patrimonial do Estado.

Um colegiado composto exclusivamente por representantes do Fisco está sujeito às pressões da Administração, pois aqueles são diretamente subordinados e dependentes desta. A presença de representantes dos contribuintes funciona como um contrapeso, que se insurge em face de atos manifestamente ilegítimos.

Nesse sentido, por exemplo, diversos representantes dos contribuintes nos Tribunais Administrativos se manifestaram contrários à aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91 mesmo antes de esse dispositivo ser declarado inconstitucional pelo STF<sup>40</sup>:

“Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/1998 a 31/01/1998 Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO DE FÉRIAS. DECADÊNCIA. A Previdência Social possui o prazo de dez anos para, constatado o atraso do pagamento total ou parcial das contribuições, constituir seus créditos, de acordo com o art. 45, da Lei 8.212/91. (...) Recurso Voluntário Negado.

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão : I) **Por maioria de votos rejeitou-se a preliminar de decadência suscitada. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis (Relator) e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. (...)**” (Cons. Contribuintes, 6ª Câmara, Recurso nº 141619, Processo: 35464.002588/2005-86, data da sessão :12.03.2008, grifou-se)

A atividade dos representantes dos contribuintes representa a própria manifestação da opinião dos contribuintes dentro do Estado, o que se traduz na maior autonomia e independência no julgamento, concedendo-lhe maior utilidade como instrumento de aplicação da justiça tributária, em observância à nova noção de participação e cooperação já mencionada acima.

O resultado disso é uma maior aceitação dessas decisões administrativas por parte dos contribuintes, que têm a ideia de um julgamento equânime ainda que realizado dentro da estrutura do órgão que iniciou a cobrança de determinado crédito tributário<sup>41</sup>, com todos os benefícios daí decorrentes em termos de cidadania fiscal.

---

<sup>39</sup> Já identificado anteriormente como a observância das normas presentes no ordenamento jurídico, as quais devem nortear, caso-a-caso, as soluções dadas a cada hipótese concreta.

<sup>40</sup> Ver Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>41</sup> Esse é o depoimento de HAMILTON DE SÁ DANTAS (*Contencioso administrativo tributário*. O Estado de São Paulo, ed. de 02.10.1995, caderno B, p. 17.), que afirma que é vastíssimo o numero de

## 6. Conclusão

Diante do que foi acima exposto, conclui-se que:

(a) a Colegialidade é uma norma-princípio extraível da Constituição Federal de 1988 e surge como instrumento materializador dos Princípios da Separação e da Independência dos Poderes, dotando a jurisdição administrativa e judicial de autonomia, independência e, conseqüentemente, imparcialidade, tornando os Poderes mais harmoniosos e livres de pressões externas;

(b) o Princípio da Colegialidade é adotado expressamente pelo sistema processual civil brasileiro e decorre diretamente dos arts. 101, 104 e 107 da CF/88 e indiretamente dos arts. 93 e 94, também da CF/88;

(c) a Colegialidade, enquanto princípio, é passível de ponderação com outras normas consagradas constitucionalmente, mas essa ponderação deve observar o Postulado da Proporcionalidade, a fim de que se defina qual desses princípios deve merecer maior peso relativo em cada caso concreto, tudo com o objetivo de que nem o Princípio da Colegialidade nem qualquer outro direito ou garantia seja suprimido de maneira inexorável e desproporcional;

(d) a existência dos juízos únicos em primeira instância e a previsão de julgamento monocrático, nos casos previstos no art. 557 do CPC consubstanciam momentos em que a ponderação acima fez com que a Colegialidade cedesse vez a outros princípios constitucionais (celeridade, eficiência); porém há que se atentar que essa prevalência momentânea destes últimos não pode ensejar a violação de outros direitos da parte, como a ampla defesa, sob pena de se tornar desproporcional;

(e) assim como no processo judicial, o Princípio da Colegialidade tem forte influência no processo administrativo tributário, que vem se tornando um exemplo cada vez mais pungente da necessidade de maior participação e cooperação entre cidadãos e Administração Pública, com vistas ao melhor atendimento do interesse público - assim entendido como o único interesse fundamental do Direito, o de que cada conduta seja pautada e guarde observância ao ordenamento jurídico, seus valores e normas;

---

recursos fiscais julgados anualmente pelos colegiados administrativos em que, decidindo total ou parcialmente a seu favor, muitos contribuintes aceitam a decisão administrativa na parte que lhes foi desfavorável, o que representa importantíssimo papel na triagem de potenciais ações judiciais.

(f) essa influência é responsável pelo fato de que o processo administrativo tributário, em regra, tenha sua estrutura julgadora organizada na forma de conselhos, formados por representantes do governo e dos contribuintes, garantindo-lhes imparcialidade e eficiência, em que pese serem vinculados ao Poder Executivo.

## HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO BIÊNIO 2009/2010

*Eduardo Santos Rente*

Mestrando em Direito Internacional da Faculdade de  
Direito da Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho analisa as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça, publicadas nos anos de 2009 e 2010, nas sentenças estrangeiras que tiveram suas homologações contestadas. A pesquisa levantou as questões que o Superior Tribunal de Justiça mais enfrentou nesse período, verificando se houve ou não mudança de entendimento.

**Abstract:** This paper examines the main decisions of the Superior Court of Justice, published in 2009 and 2010, on contested foreign judgments. The research raised issues that the Superior Court of Justice has encountered in this period, checking whether there was changes of understanding.

**Palavras-chave:** Processo civil internacional; sentenças estrangeiras; homologação; jurisprudência.

**Keywords:** International civil procedure, foreign judgments; homologation; jurisprudence.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sentença estrangeira desmotivada. 3. Sentença judicial estrangeira e verificação da submissão. 4. Sentença arbitral estrangeira. 5. Citação e homologação de sentença estrangeira. 6 Documentos para Homologação de Sentença Estrangeira. 7. O §6º do art. 7º da LICC. 8. Sentenças Estrangeiras e Competência do Judiciário Brasileiro. 9. Conclusão

### 1. Introdução

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal - STF deixou de ser o tribunal competente para a homologação de sentenças estrangeiras, passando, essa tarefa, a integrar as competências do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

O simples deslocamento de competência causou repercussão na jurisprudência consolidada pelo STF, pois, nem sempre esses entendimentos foram mantidos quando da análise pelo STJ. Inicialmente, podemos mencionar a Resolução n.º 9/2005 que o Superior Tribunal de Justiça editou para estabelecer, por exemplo, os requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira.<sup>1</sup>

Ressalte-se que a homologação de sentenças estrangeiras refere-se apenas às sentenças proferidas por tribunais estrangeiros e não por tribunais internacionais. As decisões proferidas por tribunais do Mercosul<sup>2</sup>, por exemplo, não precisam ser submetidas à homologação do STJ, pois o Brasil é Estado-Parte do correspondente tratado internacional. Dessa forma, essas decisões são exequíveis desde o momento em que são prolatadas.

Quando do estudo do tema da homologação de sentenças estrangeiras é importante traçar a distinção entre a cooperação na esfera cível e na esfera criminal. Quanto ao último, destaca-se o art. 9º do Código Penal:

Eficácia de sentença estrangeira

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

---

<sup>1</sup> Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia.;

III - ter transitado em julgado; e

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

<sup>2</sup> O Protocolo de Olivos, que entrou em vigor em 2004, estabeleceu o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul (TPR), com sede na cidade de Assunção (Paraguai) e com o objetivo de sanar uma das fontes de insegurança jurídica no Mercosul, que era a falta de um tribunal permanente para resolver litígios de maneira rápida e objetiva. Trata-se de um tribunal de revisão, com competência para modificar os laudos arbitrais adotados por árbitros *ad hoc* de primeira instância.

De imediato, conclui-se que a homologação de sentença estrangeira em matéria penal não pode servir para aplicação de pena restritiva de liberdade. Contudo, essa mesma decisão pode ser homologada para a produção dos efeitos cíveis da sentença.

Há alguns casos no qual a lei prevê uma dispensa na homologação de sentenças estrangeiras. O assunto ainda é tema de debate na doutrina e jurisprudência, mas pode-se citar a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar como exemplo:

Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar  
Cooperação Processual Internacional

Artigo 11

**As sentenças estrangeiras sobre obrigação alimentar terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes (grifou-se), se preencherem os seguintes requisitos:**

- a) que o juiz ou autoridade que proferiu a sentença tenha tido competência na esfera internacional, de conformidade com os artigos 8 e 9 desta Convenção, para conhecer do assunto e julgá-lo;
- b) que a sentença e os documentos anexos, que forem necessários de acordo com esta Convenção, estejam devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito;
- c) que a sentença e os documentos anexos sejam apresentados devidamente legalizados, de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito, quando for necessário;
- d) que a sentença e os documentos anexos sejam revestidos das formalidades externas necessárias para serem considerados autênticos no Estado de onde provenham;
- e) que o demandado tenha sido notificado ou citado na devida forma legal, de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença deva surtir efeito;
- f) que se tenha assegurado a defesa das partes;
- g) que as sentenças tenham caráter executório no Estado em que forem proferidas. Quando existir apelação da sentença, esta não terá efeito suspensivo.

Artigo 12

Os documentos de comprovação indispensáveis para solicitar o cumprimento das sentenças são os seguintes:

- a) cópia autenticada da sentença;

- b) cópia autenticada das peças necessárias para comprovar que foram cumpridas as alíneas "e" e "f" do artigo 11; e
- c) cópia autenticada do auto que declarar que a sentença tem caráter executório ou que foi apelada.

#### Artigo 13

**A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução (grifou-se)**, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e execução que estiverem em vigor.

O parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>3</sup> talvez seja o caso emblemático sobre o tema da possibilidade ou não da lei promover casos de dispensa de homologação:

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que ,foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

**Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.**

A doutrina se dividia em três correntes sobre o tema. A primeira corrente defendia a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 15 da LICC. Haroldo Valladão foi o grande partidário dessa corrente, pois sempre defendeu que todas as sentenças estrangeiras deveriam ser submetidas ao procedimento de homologação<sup>4</sup>. A segunda corrente, liderada por Barbosa Moreira<sup>5</sup>, entendia que o referido dispositivo foi

---

<sup>3</sup> A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - LICC corresponde ao Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. A Lei nº 12.376/2010 alterou o nome original para *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*.

<sup>4</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Volume I, 4ª Edição, 1979, p. 470.

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V, 9ª Edição, 2001, p. 78/79.

revogado pelo Código de Processo Civil<sup>6</sup>. A terceira corrente, contudo, defendia a vigência do dispositivo da LICC. Nesse sentido, anote-se Humberto Theodoro Júnior<sup>7</sup>, Jacob Dolinger<sup>8</sup> e Carmen Tibúrcio<sup>9</sup>.

Para que se tenha uma ideia da amplitude do debate, o ministro Celso de Mello, através da Petição Avulsa nº 11, defendeu a ideia de que o art. 483 do Código de Processo Civil derogou o art. 15 da LICC:

“Em face da meridiana clareza do referido texto, dúvida não há de que, seja qual for o conteúdo da prestação jurisdicional da sentença estrangeira, sem a homologação nenhuma eficácia e autoridade ela terá, no território brasileiro. E com isto acabou revogado o art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim preceituava:

'Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas. Declaratória ou executiva, de condenação ou constitutiva, nenhuma sentença estrangeira adquirirá eficácia no Brasil, sem ter sido homologada. E a homologação deve provir do Supremo Tribunal Federal, sempre e sempre, porque assim o exige a Constituição da República (...)'”<sup>10</sup>

Em 2006, o STJ, em sede de Recurso Especial, se utilizou do parágrafo único do artigo 15 da LICC para decidir pela dispensa de homologação de sentença declaratória do estado das pessoas:

Partilha de bens. Separação decretada na Espanha. Competência da Justiça brasileira para decidir a partilha de bens imóveis localizados no país. Ausência de necessidade de homologação de sentença estrangeira sobre o estado das pessoas. Art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil.

---

<sup>6</sup> Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>7</sup> THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume I, 32ª Edição, 2000, p.625.

<sup>8</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional*. Volume I, 1997, p.229.

<sup>9</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Ed. Renovar, 2006, p.206.

<sup>10</sup> Petição Avulsa nº 11. “Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF.” em 01/10/1997. DJ em 10/10/1997.

1. Havendo nos autos, confirmado pelo acórdão, partilha de bens realizada em decorrência da separação, impõe-se o processo de homologação no Brasil, aplicando-se o art. 89, II, do Código de Processo Civil apenas em casos de partilha por sucessão causa mortis.

**2. Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil) [grifou-se].**

3. Recurso especial conhecido e provido.

Em outubro de 2009, a Lei nº 12.036 promoveu alterações na Lei de Introdução ao Código Civil, revogando o parágrafo único do art. 15: “Art. 4º Revogam-se o § 2º do art. 1º e o parágrafo único do art. 15 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942”.

Contudo, apesar da revogação do polêmico dispositivo, o debate não termina, pois, como já mencionado anteriormente, há lei que dispensa a homologação de sentença estrangeira (Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar). Dessa forma, apesar do legislador optar por retirar explicitamente o parágrafo único do art. 15 da LICC, não se pode concluir que todas as sentenças estrangeiras deverão ser homologadas. O que fica claro é que o legislador, nesse momento, não está mais dispensando a sentença meramente declaratória do estado das pessoas da homologação (adotando a interpretação de que a homologação é a regra e que a lei pode estabelecer as exceções sem que haja colisão com os dispositivos constitucionais pertinentes).

São inúmeros os temas e os casos relacionados com a homologação de sentenças estrangeiras. O presente trabalho se concentrou na análise das decisões recentes do STJ, levantando as sentenças estrangeiras contestadas que tiveram decisões publicadas nos anos de 2009 e 2010, com o objetivo de verificar as questões que o Superior Tribunal de Justiça mais enfrentou nesse período e se houve ou não mudança de entendimento, no caso de temas recorrentes.

## **2. Sentença estrangeira desmotivada**

O art. 93, IX, da Constituição Federal dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Esse preceito, quando confrontado com as sentenças estrangeiras desmotivadas, gera duas possibilidades de interpretação: A primeira entende que a norma constitucional somente poderá ser aplicada às decisões proferidas no Brasil e, portanto, as sentenças estrangeiras deverão cumprir os requisitos do lugar onde foi emanada. A segunda corrente segue a linha de que as leis, atos e sentenças de outro

país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17 da LICC).

O STJ, em julho de 2010, pode se manifestar sobre esse particular quando do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 684 – Estados Unidos da América (SEC 684 / US, Relator: Ministro Castro Meira, Órgão Julgador: Corte Especial, Data do Julgamento: 01/07/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 16/08/2010):

Sentença estrangeira contestada. Homologação. Motivação suficiente. Ausência. Competência não demonstrada. Citação. Carta rogatória. Necessidade.

**1. A sentença em exame é despida de qualquer rastro de fundamento, apresentando uma nudez de motivação que chega a impressionar e recomenda definitivamente a improcedência do pedido, sob pena de frontal desrespeito à ordem pública nacional que significaria cancelar uma decisão judicial teratológica.** Precedente: SEC 880/IT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 06.11.06

2. Não consta qualquer elemento probatório apto a demonstrar a competência da Corte de Nova Iorque para analisar a demanda. A alegação deduzida no sentido de que o foro foi eleito por meio de contrato não se encontra respaldada na referida avença, cujo instrumento sequer foi carreado aos autos no intuito de evidenciar a regularidade do processo originário. (...). 4. Homologação indeferida.

Interessante destacar que o STJ, gradativamente, vem consolidando o entendimento da segunda corrente, indeferindo a homologação de sentença estrangeira sem a devida motivação (ainda que mínima). Essa decisão cita um importante precedente datado de 2006 (SEC 880/IT)<sup>11</sup>. Ressalte-se que o STJ inovou e rompeu com

---

<sup>11</sup> SEC Nº 880, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Ementa: sentença estrangeira contestada. Caução. Inexigibilidade. Alimentos. Fixação. Motivação suficiente. Ausência. Homologação deferida apenas quanto à declaração de paternidade registral. (...) 3. Não há motivação suficiente (princípio de ordem pública) na decisão estrangeira de fixação de alimentos sem a utilização de parâmetro apto a dar suporte ao quantum estabelecido, tendo por base apenas "noção arbitrária de equidade", com maltrato à regra do ônus da prova que obriga a mulher a demonstrar a capacidade de ganho real do alimentante. 4. Sentença estrangeira homologada apenas quanto ao reconhecimento da paternidade, com exclusão da verba alimentar.

o entendimento que o STF adotara, por exemplo, na SEC 4.835/US<sup>12</sup>, julgado em abril de 2002, conforme destacado na doutrina.<sup>13</sup>

### 3. Sentença estrangeira e verificação da submissão

A Resolução Nº 9/2005 do STJ, estabelece, como um dos requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira, a citação das partes ou haver-se legalmente verificado a revelia. Não se trata apenas do mero ato formal; há necessidade, também, das partes se submeterem de forma inequívoca à jurisdição estrangeira.

O tema é normalmente enfrentado em sentenças arbitrais estrangeiras, mas também é válido para as sentenças judiciais estrangeiras. Quanto ao último, o STJ deixou claro que observa esse aspecto para decidir pela homologação ou não da sentença judicial estrangeira, conforme se infere da decisão na SEC 1763 / PT da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 28/05/2009:

Processual civil. Sentença estrangeira contestada. Ação proposta no estrangeiro para converter em divórcio a separação judicial consensual ocorrida no Brasil. Citação da requerida não-comprovada. Indeferimento da homologação. 1. A competência do juízo decorre, geralmente, do domicílio das partes ou de sua submissão ao foro eleito. No caso dos autos, além de o requerente e a requerida serem domiciliados no Brasil, **a exceção declinatória do foro, por ela oferecida, indica sua negativa de submissão à jurisdição concorrente.** 2. Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo judicial proposto contra pessoa residente no Brasil, é imprescindível que tenha havido a sua regular citação por meio de carta rogatória ou se verifique legalmente a ocorrência de revelia. 3. **"Ainda que a citação assim tivesse sido procedida, viciada estaria a competência do juízo alienígena pela expressa recusa da pessoa citanda de se submeter àquela jurisdição, nos termos da jurisprudência uniforme da Corte".** Precedentes do STF. 4. A competência para conversão da separação judicial é exclusiva do juiz brasileiro, conforme inteligência do art. 7º da LICC, segundo o qual a lei do país em

---

<sup>12</sup> STF - SEC 4.835/US - O curador especial nomeado no referido processo alertou que a sentença que se pretendia homologar não tinha nenhum documento que pudesse evidenciar as pretensões que deram margem ao pedido, permitindo a compreensão da inteligência da indenização a que foi condenada a ré. Essa omissão constituiria uma ofensa à soberania nacional e a ordem pública. Contudo, o STF afastou a alegação do curador especial sob a alegação de que não haviam nos autos indícios de que a indenização resultou de causa ilícita, bem como não caberia ao tribunal examinar o acerto da decisão homologanda.

<sup>13</sup> Ver TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Ed. Renovar, 2006, p.496/497.

que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família. 5. Homologação indeferida.

Durante o seu voto, o Ministro Arnaldo Lima explicou que a competência do juízo decorre geralmente do domicílio das partes ou de sua submissão ao foro eleito. Nos autos, ele asseverou que a requerida e o requerente eram domiciliados no Brasil, face aos documentos acostados. Também destacou que a requerida, no processo original, argüiu exceção declinatória do foro português, sem suscitar qualquer outra questão, levando-o a concluir pela não intenção da suplicada em submeter-se à jurisdição concorrente. Ele ainda destaca que “de nenhuma valia, empresta à regularidade do feito a ação incidental processada pelo juízo português, em razão da negativa de submissão da requerida”.

A decisão em análise ilustra a necessária submissão das partes ao judiciário estrangeiro, consagrando o princípio da autonomia da vontade. Por outro lado, afirmar que a competência do juiz brasileiro é exclusiva em decorrência do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>14</sup> é impreciso, pois essa regra trata de direito aplicável e não de competência. Em razão das partes serem domiciliadas no país, pode-se admitir que o local mais adequado para a conversão da separação judicial seja o Brasil, mas não que seja o único local.

#### 4. Sentença arbitral estrangeira

O princípio da autonomia da vontade está consagrado na Lei nº 9307/96:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

---

<sup>14</sup> Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Carmen Tiburcio defende que a autonomia a que se refere o §1º do art. 2º da Lei de arbitragem não tem limites, salvo as hipóteses de fraude à lei ou ofensa à ordem pública.<sup>15</sup>

Contudo, a sentença arbitral estrangeira (aquela proferida fora do território nacional), para ser reconhecida ou executada no Brasil, está sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça. Os artigos 38 e 39 da lei de arbitragem estabelecem os casos em que a sentença arbitral estrangeira poderá ser negada:

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

- I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
- II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
- III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
- IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
- V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;
- VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

- I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
- II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca

---

<sup>15</sup> TIBURCIO, Carmen; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.97-98.

de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

A escolha da arbitragem como forma de solução de controvérsias deve ser um ato livre e sem vícios, em obediência ao princípio da autonomia da vontade. De acordo com a Prof. Carmen Tiburcio:

a submissão à arbitragem pode verificar-se de forma *expressa*, quando existe cláusula compromissória no contrato original ou se firma um compromisso arbitral; ou *tácita*, quando a parte ré comparece perante o tribunal arbitral, sem argüir a incompetência deste último; neste caso, mesmo não havendo cláusula compromissória ou compromisso, a presença voluntária do requerido implica em verdadeira renúncia à jurisdição estatal e submissão à arbitragem.<sup>16</sup>

O STJ tem adotado entendimentos progressistas em matéria de arbitragem, dando uma segurança jurídica importante para as partes. Um exemplo desse posicionamento pode ser destacado na sentença estrangeira contestada nº 4415 / Estados Unidos, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 29/06/2010 e publicado em 19/08/2010:

Sentença estrangeira. Homologação de laudo arbitral. Preenchimento dos requisitos. I. Comprovado o atendimento dos requisitos para a validação do laudo arbitral, não há que se falar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública. II. **Inexistente, no caso, a demonstração do alegado erro na manifestação de vontade da parte ao se submeter ao compromisso arbitral, nem tampouco de qualquer elemento que denote ofensa à ordem pública.** III. Homologação deferida.

O relator, durante o seu voto, explica que “a existência de decisão contrária ao interesse de uma das partes num conflito é inerente à dialética do processo e ao contraditório, não podendo ser considerado erro o simples fato de haver decisões contrárias aos interesses dos requeridos no procedimento arbitral”. Notadamente, o ministro demonstra que a postura do STJ é a de respeitar a decisão dos árbitros, verificando se o laudo atende aos requisitos impostos pela lei. Nem mesmo a existência de ação revisional da sentença homologanda perante a Justiça brasileira seria empecilho

---

<sup>16</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Ed. Renovar, 2006, p.498.

para a homologação, conforme precedente do STJ dado pela sentença estrangeira contestada nº 611 de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.<sup>17</sup>

Por outro lado, o STJ somente homologa a sentença arbitral na hipótese de prova inequívoca de que as partes optaram, de fato, pela arbitragem. Esse entendimento, recorrente no tribunal, pode ser observado na SEC nº 885 / Estados Unidos, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, julgado em 02/08/2010 e publicado em 10/09/2010:

Sentença estrangeira contestada. Juízo arbitral. Ausência de prova quanto a sua eleição. Artigo 37, inciso II, da Lei nº. 9.307/96. 1. Não trazida aos autos a prova da convenção de arbitragem, não é possível homologar-se laudo arbitral. 2. Observância à norma contida no inciso II do artigo 37 da Lei n. 9307/96. 3. Pedido homologatório indeferido.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou inúmeras vezes sobre a impossibilidade de revisar o mérito das sentenças submetidas à homologação. O debate da controvérsia deve ser exaurido no judiciário estrangeiro ou tribunal arbitral escolhido pelas partes, enquanto ao STJ, caberá uma análise tomando como referência os requisitos impostos pela lei. Nesse aspecto, um tema recorrente refere-se à citação, pois havendo um vício nesse ato, naturalmente que haverá lesão ao contraditório e a ampla defesa.

Quanto à citação nos procedimentos arbitrais, importante destacar que não há o mesmo rigor que nos procedimentos judiciais. Nesse ponto, o parágrafo único do art. 39 da lei de arbitragem ressalta que não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa. Foi exatamente sobre esse tema que o STJ pode se manifestar na SEC 3661 / Reino Unido da Grã-Bretanha de relatoria do Ministro Paulo Gallotti, julgado em 28/05/2009 e publicado em 15/06/2009:

---

<sup>17</sup> STJ – SEC 611 – Rel. Ministro João Otávio de Noronha - DJ 11/12/2006 – Ementa: Homologação de sentença estrangeira. Sentença arbitral. Matéria de mérito. Irrelevância. Art. 38 da Lei n. 9.307/96.

1. As disposições contidas no art. 38 da Lei n. 9.307/96 apresentam um campo mais largo das situações jurídicas que podem ser apresentadas na contestação, em relação à prevista no art. 221 do RISTF, mas não chega ao ponto de permitir a invasão da esfera de mérito da sentença homologanda. 2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei n. 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar precedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, **o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral (grifou-se)**. Daí a inexistência de decisões conflitantes. 3. Sentença arbitral estrangeira homologada.

Sentença estrangeira. Pedido de homologação. Nulidade da citação no procedimento arbitral. Inexistência. Art. 39, Parágrafo Único, da Lei Nº 9.307/1996.

1. Comprovado que o requerido foi devidamente comunicado de todos os atos do procedimento arbitral, tendo a requerente, inclusive, **trazido aos autos os recibos fornecidos pela empresa encarregada da postagem, não há que se falar em nulidade da citação (grifou-se)**. 2. Presentes os requisitos indispensáveis à convalidação da sentença estrangeira, não havendo ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, deve ser deferido o pedido de homologação. 3. Sentença estrangeira homologada

A citação é um aspecto delicado na análise do STJ, porque o procedimento arbitral não pode cercear o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, a preocupação não deve se concentrar na forma, mas se a parte foi notificada e teve a oportunidade de se manifestar adequadamente.

Um caso concreto enfrentado pelo STJ em 2009 que ilustra essa hipótese ocorreu na SEC nº 3660. Uma empresa francesa e um agricultor brasileiro firmaram um contrato internacional de fornecimento de algodão com cláusula arbitral expressa. Em decorrência do inadimplemento da parte brasileira, foi instaurado um procedimento arbitral que deu razão à parte francesa. No momento da homologação, a parte brasileira alegou vício de citação e a necessidade de carta rogatória, o que foi afastado pelo Superior Tribunal:

Superior Tribunal de Justiça – Sentença Estrangeira Contestada nº 3660 / Reino Unido da Grã-Bretanha, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julg.: 28/05/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 25/06/2009 – Ementa: Sentença Estrangeira. Juízo arbitral. Contrato Internacional firmado com Cláusula Arbitral. Contrato Inadimplido. Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), arts. 38, III e 39, Parágrafo Único. Sentença Homologada. 1. Contrato internacional de fornecimento de algodão firmado entre agricultor brasileiro e empresa francesa, com cláusula arbitral expressa. Procedimento arbitral instaurado ante o inadimplemento do contrato pela parte brasileira. 2. **Nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, é descabida a alegação, in casu, de necessidade de citação por meio de carta rogatória ou de ausência de citação, ante a comprovação de que o requerido foi comunicado acerca do**

**início do procedimento de arbitragem, bem como dos atos ali realizados, tanto por meio das empresas de serviços de courier, como também via correio eletrônico e fax (grifou-se).** 3. O requerido não se desincumbiu do ônus constante no art. 38, III, da mesma lei, qual seja, a comprovação de que não fora notificado do procedimento de arbitragem ou que tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando sua ampla defesa. 4. Doutrina e precedentes da Corte Especial. 5. Sentença arbitral homologada.

A ordem pública também é um requisito que a sentença arbitral deve atender, sob pena de não ser homologada. Na decisão da SEC nº 3035, o STJ destaca a sua observância para concluir pela homologação:

Superior Tribunal de Justiça – Sentença Estrangeira Contestada nº 3035 / França - Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Data do Julgamento: 19/08/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009

Sentença arbitral estrangeira. Legitimidade ativa. Interesse. Contrato de compra e venda. Mérito da decisão arbitral. Análise no STJ. Impossibilidade. Ausência de violação à ordem pública. 1. O pedido de homologação pode ser proposto por qualquer pessoa interessada nos efeitos da sentença estrangeira. 2. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes. 3 **O pedido de homologação merece deferimento, uma vez que, a par da ausência de ofensa à ordem pública, reúne os requisitos essenciais e necessários a este *desideratum*, previstos na Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça e dos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/96.** 4. Pedido de homologação deferido.

Outra decisão do STJ fazendo menção à ordem pública e soberania foi a da sentença estrangeira contestada nº 826 / Coréia do Sul de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 15/09/2010 e publicado em 14/10/2010. Aqui, ocorreu exatamente o contrário do caso anterior, pois, o STJ entendeu que houve ofensa à ordem pública:

Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Habilitação e depósito nos autos de concordata preventiva na justiça brasileira. Soberania. Ofensa. 1. É de se indeferir, pena de

ofensa à soberania brasileira, o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira se a autora se habilita em concordata previamente deferida à ré pela Justiça brasileira, tem seu crédito ali declarado, é efetuado, a seu requerimento, o depósito do valor correspondente ao contrato mercantil que deu origem à decisão arbitral e há agravo de instrumento por ela interposto impugnando a decisão que julgou suficiente o depósito, no referente ao *dies a quo* dos juros moratórios e à taxa de câmbio aplicável. 2. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido.

## 5. Citação e homologação de sentença estrangeira.

Em matéria de homologação de sentenças estrangeiras, a validade da citação é tema recorrente na análise do STJ. Há uma jurisprudência firme no sentido de impedir a homologação das decisões que apresentam vício no momento em que há a angularização da relação jurídica processual.

O Superior Tribunal de Justiça (no mesmo sentido dos precedentes do STF) entende que para a homologação de sentença estrangeira é necessário que as partes tenham sido devidamente citadas ou que tenha se verificado legalmente a revelia. Em ambas as situações, a parte interessada deve fazer prova inequívoca de uma hipótese ou outra, sob pena de ter o seu pleito indeferido.

Quanto à forma, a citação da parte, no processo de origem, observa o disposto na legislação vigente no país onde foi realizado o ato, não sendo cabível contestar a sua validade em face das leis brasileiras. Ressalte-se, contudo, que a citação do réu domiciliado no Brasil para responder a demanda ajuizada no exterior deve se processar por carta rogatória, sendo inviável a citação por edital ou por serviço postal.

Ressalte-se, ainda, que a ausência de citação não procede quando o citado comparece espontaneamente ao Tribunal estrangeiro onde está sendo processado, ainda que para informar que não apresentará defesa.

Feita as considerações quanto à linha decisória do STJ, destacam-se abaixo os casos concretos enfrentados pela Corte Especial:

Sentença Estrangeira Contestada nº 10 / DF - Relator: Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 02/08/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 08/02/2011 – Ementa: Homologação de Sentença Estrangeira. Ofensa à Ordem Pública. Ausência de Citação Válida. - **Para**

**que se homologue uma sentença estrangeira é necessário terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia (grifou-se).** Trata-se de requisito decorrente da garantia constitucional do contraditório, não se podendo admitir a homologação de sentença proferida em processo do qual não participaram (ou não tiveram oportunidade de participar) as partes que estarão submetidas aos seus efeitos, pelo fato de tal provimento ser contrário à ordem pública brasileira. Homologação indeferida.

Sentença Estrangeira Contestada nº 2493 / DE - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 28/05/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 25/06/2009 – Ementa: Processual Civil. Sentença Estrangeira Contestada. Citação da Requerida na ação de divórcio não-comprovada. Indeferimento da homologação. 1. **Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo judicial proposto contra pessoa domiciliada no Brasil, é imprescindível que tenha havido a sua regular citação por meio de carta rogatória ou se verifique legalmente a ocorrência de revelia.** 2. Homologação indeferida

Sentença Estrangeira Contestada nº 269 / Rússia - Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 03/03/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 10/06/2010 - LEXSTJ vol. 251 p. 175 – Ementa: Sentença Estrangeira Contestada. Ausência de Comprovação da Citação de todos os Réus. Legitimidade Ativa. Interesse. Mérito. Impossibilidade de Discussão. 1. **Não é possível a homologação de sentença estrangeira quando não comprovada a citação regular ou o comparecimento espontâneo das partes.** 2. O pedido de homologação pode ser proposto por qualquer pessoa interessada nos efeitos da sentença estrangeira. 3. O mérito da sentença não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes. 4. O pedido de homologação merece deferimento, uma vez que, a par da ausência de ofensa à ordem pública, reúne os requisitos essenciais e necessários a este *desideratum*, previstos na Resolução nº 9/2005 do Superior

Tribunal de Justiça e dos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/96. 5.  
Pedido de homologação deferido em parte.

Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 2798 / Bolívia -  
Relator: Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador: Corte  
Especial - Data do Julgamento: 15/12/2010 - Data da  
Publicação/Fonte: DJe 28/02/2011 – Ementa: Sentença  
estrangeira. Ação de divórcio. **Citação. - Citação realizada  
conforme legislação do país de origem. Incabível a  
imposição da lei brasileira ao ato praticado no exterior  
(grifou-se).** Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 2583 / NL -  
Relator p/ Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha - Órgão  
Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 29/06/2010 -  
Data da Publicação/Fonte: DJe 12/08/2010 – Ementa:  
Homologação de sentença estrangeira. Processo de origem.  
Citação. Observância da legislação do país de origem. Agravo  
regimental improvido. - 1. **A citação da parte no processo de  
origem observa o disposto na legislação vigente no país onde  
foi realizado o ato, não sendo cabível contestar a sua  
validade em face das leis brasileiras (grifou-se).** Agravo  
regimental improvido.

Sentença Estrangeira Contestada nº 3383 / Estados Unidos -  
Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Órgão Julgador:  
Corte Especial - Data do Julgamento: 18/08/2010 - Data da  
Publicação/Fonte: DJe 02/09/2010 - RBDfs vol. 18 p. 113  
Sentença estrangeira contestada. Homologação. Divórcio.  
Cônjuge residente no Brasil ao tempo do ajuizamento da  
demanda no estrangeiro. **Citação por edital e por serviço  
postal. Inviabilidade. Necessidade de carta rogatória  
(grifou-se).** Precedentes do STF e STJ. Pedido indeferido.

Sentença Estrangeira Contestada nº 1483 / LU - Relator:  
Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador: Corte Especial - Data  
do Julgamento: 12/04/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe  
29/04/2010 – Ementa: Homologação de sentença estrangeira.  
Citação. - **A citação do réu domiciliado no Brasil para  
responder a demanda ajuizada no exterior deve se processar  
por carta rogatória (grifou-se).** Homologação indeferida.

Sentença Estrangeira Contestada nº 477 / Estados Unidos - Relator: Ministro Hamilton Carvalhido - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 12/11/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 26/11/2009 – Ementa: Sentença Estrangeira Contestada. Citação Editalícia e postal. Homologação Indeferida. 1. Em obséquio dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, **a citação das pessoas domiciliadas no Brasil para responder a processo em trâmite no exterior deve se dar por meio do procedimento judicialiforme da carta rogatória, sendo imprestável, para tanto, a comunicação realizada por meio de edital ou de serviço postal (grifou-se).** 2. Pedido de homologação de sentença estrangeira indeferido.<sup>18</sup>

Sentença Estrangeira Contestada nº 4611 / França - Relator: Ministro João Otávio de Noronha - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 07/04/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 22/04/2010 – Ementa: Sentença Estrangeira. Homologação. Divórcio. Citação inválida. - 1. **Para homologação de sentença estrangeira de divórcio proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, indispensável que a citação tenha sido regular, assim considerada a que fora efetivada mediante carta rogatória (grifou-se).** 2. Homologação indeferida.

Para a decisão acima transcrita, o Ministro Relator João Otávio de Noronha, ao longo do seu voto, destacou que o Supremo Tribunal Federal (porque era o competente para a homologação da espécie antes da Emenda Constitucional nº 45), tem jurisprudência firme a respeito da necessidade de ser comprovado que a citação tenha sido efetivada no Brasil para ser válida, decidindo na mesma linha desses precedentes.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> SEC 477 / US – Durante o voto, o Ministro Relator explica que não é possível a homologação de sentença estrangeira de divórcio que também dispõe sobre alimentos e bens do casal, ainda que o requerente tenha comparecido em juízo na ação de alimentos quando residia no exterior, mas no momento do divórcio já residia no Brasil e não foi regularmente citado por carta rogatória para responder à ação de divórcio, porque as ações de alimentos e de divórcio, embora conexas, são independentes e autônomas, de sorte que o vício da falta de citação por carta rogatória para responder à ação de divórcio não se convalida pelo comparecimento na ação de alimentos.

<sup>19</sup> (SEC n. 6.304-EU, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.2001.) - HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: exigência de citação do réu, requerido, no processo em que proferida a decisão exequenda: domiciliado o réu no Brasil, a citação há de fazer-se mediante carta rogatória: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

(SEC n. 7.394-PT, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 7.5.2004.) - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO. CITAÇÃO POR EDITAL NO PAÍS EM QUE PROFERIDA A DECISÃO HOMOLOGANDA. REQUERIDA DOMICILIADA NO BRASIL. NECESSIDADE DE

Sentença Estrangeira Contestada nº 3183 / DE - Relator: Ministro Luiz Fux - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 17/06/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/08/2009 – Ementa: **Processual Civil. Sentença estrangeira contestada. Homologação. Divórcio. Citação efetivada por carta rogatória. Requisitos legais atendidos. Homologação deferida.** 1. A sentença estrangeira, cumpridos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução 09/STJ, revela-se apta à homologação perante o STJ. 2. In casu, o curador especial, designado em face da revelia da requerida - que após seu ciente sem apresentar contestação - manifestou-se contrariamente à homologação, ao argumento de que, no processo originário, não houve a intervenção de curador especial, razão pela qual ofenderia a ordem pública, mormente as garantias legais e constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. No caso sub judice, resta indubitável o fato de que a citação deu-se por carta rogatória, que restou devolvida, sem cumprimento, pelo fato de a Ré estar em local desconhecido, sendo certo que operou-se a convocação, na forma da ZPO (fls. 56/58). 4. Sob esse ângulo, assentou o MP (fls. 90), *in verbis*: "*3.No processo alienígena foi tentada citação da requerida por carta rogatória, a qual foi devolvida, sem cumprimento, pela Justiça Brasileira (documento anexado aos autos, fls. 54/55 - tradução fls. 56/58). Onde a citação ficta, como relatado na sentença homologanda (fls. 44/47 - tradução fls. 48/53): onde a requerida vive atualmente é desconhecido. O pedido de*

---

CARTA ROGATÓRIA. ART. 217, II DO RISTF. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A indispensabilidade, para efeitos de homologação, do procedimento judicialiforme da carta rogatória na citação das pessoas que, residentes no Brasil, são demandadas perante a Justiça estrangeira, revestiu-se de maior legitimidade após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois se tornou garantia de efetividade do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, princípios expressamente consagrados nos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna. 2. Precedentes desta Corte sobre o tema: SEC 6.729, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.06.2002, SEC 6.304, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, SE 4.605-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13.12.96, SE 4.248, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.11.91, SE 3.495, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 25.10.85 e SE 2.582-AgR, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 28.08.81. 3. Pedido de homologação indeferido.

(SEC n. 6.684-EUA, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 8.10.2004.) - Sentença estrangeira: divórcio: ausência da prova da citação do réu, requerido, no processo em que proferida a decisão exequiênda (RISTF, art. 217, II): domiciliado o réu no Brasil, a citação há de fazer-se mediante carta rogatória: jurisprudência do Supremo Tribunal: homologação indeferida: condenação do requerente em honorários do advogado.

*divórcio lhe foi comunicado publicamente. 3.No presente pedido de homologação, a requerida foi encontrada e após o seu ciente, sem contudo apresentar contestação (fls. 69). 4.A Defensoria Pública, designada em face da revelia da requerida, manifestou-se contrariamente à homologação, argumentando que no processo de origem não houve intervenção de curador especial. 5.A intervenção da Defensoria Pública não procede. A frustração da tentativa de citação pessoal da requerida no Brasil deu ensejo à citação ficta, não havendo como impor à Justiça alemã a observância de regras próprias do ordenamento processual brasileiro, no que tange às conseqüências processuais da revelia. Além disso, citada pessoalmente no processo de homologação, a requerida nada reclamou."*

5. É cediço na jurisprudência do Eg. STJ que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a ratio essendi do art. 217, II, do RISTJ. 6. Destarte, encontram-se preenchidos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução 09/STJ: a sentença homologanda foi proferida por Juízo competente - Tribunal de Primeira Instância da Comarca de Tostedt, na Alemanha; houve a devida citação da requerida por carta rogatória (fls. 56/58); a sentença transitou em julgado, consoante certificado às fls 11 (tradução às fls. 49), seu inteiro teor encontra-se devidamente autenticado pelo cônsul brasileiro (fls. 47), e a sua tradução foi realizada por intérprete juramentado no Brasil (fls. 48-53), por isso que o presente ato jurisdicional estrangeiro revela a sua aptidão à pretendida homologação perante o STJ. 7. O curador especial atua obstando a homologabilidade, por isso que somente faz jus aos honorários acaso sucumbente o autor via oposição oferecido pelo exercente de munus público. 8. Homologação deferida. Despesas ex lege

Na decisão anterior, a sentença alemã teve sua homologação deferida com fundamento em dois pontos: o primeiro, no fato de que não se pode impor à justiça alemã a observância de regras próprias do ordenamento jurídico brasileiro, pois a citação obedeceu aos tramites da legislação onde fora praticada. Em segundo lugar, quando do processo no STJ, a requerida foi encontrada, mas não ofereceu qualquer resistência a pretensão do requerente, demonstrando conformismo com a decisão estrangeira. Conjugando esses dois fatores, nota-se que não há vício nos procedimentos

citatórios nem resistência por parte da requerida (encontrada no Brasil durante o procedimento homologatório). As questões enfrentadas pelo superior tribunal de justiça foram apontadas pela defensoria pública, nomeada curadora especial, em razão da revelia da requerida durante o processamento da homologação da sentença alemã.

Sentença estrangeira contestada n ° 4746 / Estados Unidos - Relator: Ministro João Otávio de Noronha - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 04/08/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 23/08/2010 – Ementa: Sentença Estrangeira. Ação de divórcio. Homologação. 1. Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais deve ser homologada. 2. **Alegação de ausência de citação não procede quando o citado comparece ao Tribunal estrangeiro, dá ciência que tem conhecimento da ação contra si movida e informa que não apresentará defesa (grifou-se).** 3. Sentença estrangeira homologada.

Ao longo do seu voto, o relator destaca a existência de documento, devidamente autenticado pelo Consulado Geral do Brasil em Houston, com a manifestação do requerido nos autos da ação em trâmite no Tribunal nos Estado Unidos, dando ciência de que foi citado. Dessa forma, o ministro concluiu que os requisitos do artigo 5º da Resolução nº 9 do STJ foram atendidos, não havendo óbice à homologação da sentença.

Sentença estrangeira contestada n ° 1325 / PY - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 06/10/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 09/11/2010 – Ementa: Homologação de sentença estrangeira. Citação por Edital. Cumprimento dos requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005. Deferimento do pedido. 1. É cabível a citação por edital quando o réu encontra-se em local “ignorado, incerto ou inacessível”, nos termos do art. 231, II, do CPC. 2. "Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada a parte e regularmente decretada a revelia, transitado em julgado o decisum homologando, devidamente acompanhado da chancela consular brasileira, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública" (SEC 1.864/DE, Corte Especial, Rel. in. Hamilton Carvalhido, DJe de 5.2.2009). 3. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.

Não devemos confundir a citação no processo de origem com a citação no processo de homologação. A SEC nº 1325 enfrentou a questão da validade da citação por edital no processo de homologação. Nessa hipótese, a citação será regida pelo CPC, valendo a citação por edital quando o réu encontra-se em local ignorado, incerto ou inacessível.

Sentença estrangeira contestada nº 1102 / Argentina - Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 12/04/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 12/05/2010 – Ementa: Processual Civil. Separação. Processo de divórcio. Endereço. Citação. Correio. Recebimento pelo porteiro. Divórcio decretado. Abandono de lar. Força de revelia. Sentença estrangeira. Justiça argentina. Pedido de homologação. Endereço incerto. Citação por edital. Ausência de contestação. Curadora especial. Nomeação. Alegação de vício na citação. Precedentes do STJ. Necessária a entrega ao destinatário. Vício insanável. Princípio do contraditório. Pedido indeferido. I. O entendimento do STJ é de que, para a validade da citação de pessoa física pelo correio, é necessária a entrega da correspondência registrada diretamente ao destinatário, não sendo possível o seu recebimento pelo porteiro do prédio. II. **Incerta, pois, a efetividade da citação da requerida na ação de divórcio, onde restou revel, é de se indeferir o pedido de homologação da sentença estrangeira.**

No caso acima mencionado, o requerente relatou que o casamento ocorreu em novembro de 1997, na Argentina, e que a requerida abandonou o lar, em 1998; e que dessa união não advieram filhos. Contudo, tanto no processo de divórcio quanto no procedimento de homologação, a requerida foi revel. No processo perante o STJ, foi feita a citação por edital, não havendo manifestação pela requerida. Conseqüentemente, foi nomeada curadora especial que, por sua vez, contestou a validade da citação da requerida, promovida pelo correio, e efetivada na pessoa do porteiro, no processo de divórcio que tramitou perante a Justiça Argentina, pois o mesmo “evidencia que a requerida foi citada por via postal, sendo que o aviso de recebimento do mandado de citação e, posteriormente, o aviso de recebimento do mandado de intimação da revelia decretada consignam tão-somente a assinatura do porteiro do edifício onde residia a interessada”. No mais, como o abandono do lar ocorreu em 1998, e o divórcio foi instaurado em 2002, não há como ter certeza se o endereço fornecido pelo requerente, na Argentina, é mesmo o da requerida. A curadora questionou, também, o fato do requerente não ter indicado esse mesmo endereço no processo de homologação.

Para a curadora houve um vício insanável no processo de divórcio quanto à citação da requerida, pois a jurisprudência prevalecente do STJ é no sentido de ser necessária a entrega direta ao destinatário, de quem o carteiro deve colher o ciente, e não há como ter certeza de que a requerida tenha tomado conhecimento do processo de divórcio, haja vista que lhe foi atribuído o abandono de lar, confirmado por força da revelia. Dessa forma, considerando a impossibilidade de fazer prova inequívoca de que a requerente tomou ciência do processo de divórcio, o STJ decidiu não homologar a sentença, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

## **6. Documentos para Homologação de Sentença Estrangeira**

Sentença Estrangeira Contestada nº 1730 / DE - Relatora: Ministra Laurita Vaz - Relator p/ Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 05/03/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 26/03/2009 – Ementa: Sentença Estrangeira. Ação de Execução. Homologação. 1. Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais deve ser homologada. 2. Alegação de ausência de citação não procede quando o citado comparece ao Tribunal estrangeiro, dá ciência que tem conhecimento da ação contra si movida e informa que não apresentará defesa. 3. Sentença estrangeira homologada.

A situação enfrentada pelo STJ na SEC 1730/DE não trouxe novidades em relação a decisões já apresentadas no presente trabalho. Contudo, há um debate ao longo dos votos quanto aos documentos que podem ser utilizados para a comprovação da regular citação no processo estrangeiro, bem como para atendimento dos requisitos da Resolução nº 9/STJ. A decisão foi por maioria, pois o voto da relatora (Ministra Laurita Vaz) foi vencido pelo voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha.

Preliminarmente, a relatora opinou pela não homologação, pois a requerente alegou que a requerida foi citada por carta rogatória, mas não fez prova inequívoca do ato, limitando-se a trazer cópia de um andamento processual, extraída do site do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, um email supostamente remetido por funcionária da Embaixada da Alemanha à Advogada da Requerente, não fez prova bastante do ato processual que ali se fazia referência. A ministra, acompanhando as observações feitas pelo Ministério Público Federal, explica que “não há, nos textos apresentados, elementos que permitam constatar a regular citação da requerida para responder ao feito no juízo alemão ou a verificação legal da revelia”. Além disso, “embora intimada para instruir os autos, não o fez por completo a Requerente, que trouxe cópia não autenticada do contrato em questão e sem a tradução feita por tradutor

juramentado no Brasil. E, ao contrário do afirmado, o contrato, centro da controvérsia deslindada pelo Tribunal alemão, é peça essencial tanto para aferir a competência do Juízo sentenciante, como para verificar se a sentença estrangeira fere a soberania nacional ou a ordem pública”.<sup>20</sup> Dessa forma, a relatora, acompanhando o parecer do MPF, opinou pelo indeferimento do pedido de homologação.

Isto posto, o Ministro João Otávio de Noronha pediu vistas dos autos com o objetivo de “realizar um exame mais acurado da matéria, mormente quanto à questão da não-comprovação de citação da requerida para responder à ação cuja sentença pretende-se homologar”.

Apesar de não haver cópia do processo da carta rogatória no STF, o ministro vislumbrou outra forma de provar que a citação se perfez. Trata-se de um documento na qual a requerida manifesta-se nos autos da ação em trâmite no Tribunal em Marburg, dando ciência de que foi citada. O Ministro entendeu que esse documento comprova “(1º) que a carta rogatória nestes autos referida destinava-se a dar conhecimento à requerida da ação de cobrança contra si movida no tribunal alemão; e (2º) que a requerida efetivamente tomou conhecimento da ação, tanto que se manifestou nos autos, informando que não contrataria advogado para se defender”. Logo, esse documento satisfaz o requisito estabelecido no art. 5º, II da Resolução n. 9/STJ.

João Otávio de Noronha também discordou com relação à instrução do processo. Ele entendeu que a requerente trouxe todos os documentos necessários ao exame de delibação, devidamente traduzidos, e que o contrato mencionado na sentença do tribunal

---

<sup>20</sup> A relatora, corroborando o entendimento expresso no voto, destacou os seguintes precedentes:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOLANDA. AUSÊNCIA DO CONTRATO OBJETO DE ANÁLISE DA DECISÃO ALIENÍGENA. RÉU RESIDENTE NO BRASIL. CITAÇÃO VIA FAX. AUSÊNCIA DE CARTA ROGATÓRIA. INVALIDADE DA CITAÇÃO.

1. Além de não ter sido trazido aos autos o aludido contrato que balizou a condenação, documento indispensável à compreensão da sentença, há uma mácula no nascedouro da ação alienígena, uma vez que a citação do réu, que reside no Brasil, foi inválida, e, por conseguinte, sua revelia, porquanto não realizada por carta rogatória, mas por fax, forma inadmitida pela lei e jurisprudência pátrias.
2. Pedido de homologação indeferido. Condenação do Requerente às custas e honorários." (SEC 569/EX, Corte Especial do STJ, de minha relatoria, DJ de 26/06/2006.)

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I).
2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular.
3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido." (SEC 6753/UK, Tribunal Pleno STF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 04/10/2002.)

alemão (traduzido extra-oficialmente), e que deu origem à dívida, não é imprescindível para a avaliação do STJ sobre o deferimento ou não do pedido homologatório.<sup>21</sup>

Dessa forma, superado os óbices à homologação, o ministro, em voto-vista, opinou pelo deferimento da homologação, onde foi acompanhado pelos demais ministros presentes no julgamento.

Ainda em 2009, o STJ novamente se manifestou sobre a documentação para atender aos requisitos exigidos pela Resolução nº 9. Apesar de o regulamento exigir que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e traduzida por tradutor juramentado no Brasil, a jurisprudência pacífica do superior tribunal afasta essa exigência nas hipóteses em que o pedido de homologação for encaminhado pela via diplomática:

Sentença Estrangeira Contestada nº 2108 / França - Relator: Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 20/05/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 25/06/2009 – Ementa: Sentença Estrangeira. Homologação. **As exigências de que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e de que tenha sido traduzida por tradutor juramentado no Brasil cedem quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática.** Sentença homologada.

## 7. O §6º do art. 7º da LICC.

A Lei nº 12.036/2009 alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antes conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil), incluindo o §6º no art. 7º:

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido

---

<sup>21</sup> Documentos apontados pelo ministro: Sentença homologanda, extrato de custas e emolumentos para execução do julgado, ofício expedido pelo requerido ao Tribunal de Marburg (Todos esses documentos foram traduzidos por tradutor público e intérprete comercial devidamente habilitado na Junta Comercial do Estado da Bahia). Para ele, os demais documentos – contrato comercial de representação comercial e outras peças referentes à petição inicial e alguns documentos que compuseram a ação no Tribunal alemão, que foram livremente traduzidos, foram juntados pela requerente com a intenção de contrapor-se à tese de que a sentença não estava comprovada por nenhum tipo de lastro. O ministro complementa dizendo que “há absoluta compreensão dos mesmos e não há nenhuma alegação de que os respectivos conteúdos sejam falsos. Mas, os documentos essenciais ao presente feito – Sentença e comprovação de que houve citação – estão oficialmente traduzidos, de sorte que devidamente atendidas às exigências legalmente previstas para o caso em questão”.

antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

Todavia, o STJ entendeu que o dispositivo colide com art. 226, § 6º, da Constituição Federal e afastou a aplicação do art. 7º, § 6º, da LICC, conforme decisão que segue:

Sentença Estrangeira Contestada nº 4441 / Estados Unidos -  
Relatora: Ministra Eliana Calmon - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 29/06/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 19/08/2010 – Ementa: Homologação de sentença estrangeira – Divórcio por mútuo consentimento – Requisitos legais preenchidos – Limites do contraditório – Art. 9º da resolução nº 09/2005 do STJ. 1. Sentença que decretou divórcio e homologou acordo que fixou a prestação de alimentos devidos aos filhos menores preenche os requisitos da Resolução nº 09/2005 do STJ. 2. **O STJ tem adotado o entendimento de que a regra do art. 226, § 6º, da CF/88 prevalece sobre o comando do art. 7º, § 6º, da LICC, sendo cabível o reconhecimento do divórcio realizado no exterior nos casos em que restar comprovado o prazo de 02 (dois) anos da separação de fato do casal.** Precedentes. 3. Homologação deferida.

A relatora explicou no seu voto que “no que tange ao decurso do prazo exigido para homologação da sentença estrangeira de divórcio, verifica-se primeiramente que o art. 7º, § 6º, da LICC foi modificado pela Lei 12.036/2009, sendo exigido como requisito para homologação da sentença estrangeira de divórcio o prazo de 01 (um) ano da data da sentença e não mais de 03 (três) anos como alegado pela requerida. Todavia, o óbice suscitado pela ré não encontra aplicação in casu, visto que esta Corte tem adotado o entendimento de que a regra do art. 226, § 6º, da CF/88 (§6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.) prevalece sobre o comando do art. 7º, § 6º, da LICC, sendo cabível o

reconhecimento do divórcio nos casos em que restar comprovado o prazo de 02 (dois) anos da separação de fato do casal”.<sup>22</sup>

## 8. Sentenças Estrangeiras e Competência do Judiciário Brasileiro.

Sentença Estrangeira Contestada nº 1734 / Portugal - Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Relator p/ Acórdão: Ministro Felix Fischer - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 15/09/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/02/2011 – Ementa: Sentença estrangeira contestada. Falência (insolvência civil). Justiça portuguesa. Homologação. Parágrafo único do artigo 1.030 do novo código civil brasileiro. Princípio da universalidade. Bens e atividades atuais do falido no Brasil. Decretação exclusiva pela justiça brasileira. Não atendimento

<sup>22</sup> No mesmo sentido, confira-se os seguintes julgados do STJ:

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIREITO CIVIL. DIVÓRCIO. DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. LOCAL DE DOMICÍLIO DAS PARTES. COMPETÊNCIA RECONHECIDA. ART. 7º, §6º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 226, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE PRAZO DE APENAS UM ANO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIVÓRCIO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO INSTRUMENTAL OU SUBSTANCIAL PARA A CONCESSÃO DO PEDIDO.

I - Residindo os cônjuges, à época do pedido de divórcio, nos Estados Unidos da América, não há argüir-se a incompetência de sua Justiça para a respectiva decisão (art. 7º, caput, da LICC).

II - A exigência de três anos, para fins de se reconhecer o divórcio no Brasil, consoante o art. 7º, § 6º, da **Lei de Introdução do Código Civil, é incompatível com a Constituição Federal** que, em seu art. 226, § 6º, assim dispõe: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

III - In casu, ainda que se considere que a separação se deu apenas com a decisão judicial estrangeira definitiva, esta ocorreu em 10 de agosto de 2004, estando, portanto, superado o prazo de um ano exigido pela norma constitucional. (SEC 7782/EU, Rel. Min. Marco Aurélio, in DJ de 17/12/2004).

IV - Sentença estrangeira homologada.

(SEC .746/US, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 05/11/2008, DJe 04/12/2008)

SENTENÇA ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. HOMOLOGAÇÃO. DEFERIMENTO. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. INEXISTÊNCIA. SEPARAÇÃO DE FATO. NOME. ALTERAÇÃO. QUESTÃO NÃO DECIDIDA NA DECISÃO HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO.

I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos todos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

II - Não contraria a ordem pública a sentença estrangeira que ratifica acordo das partes acerca de imóvel localizado em território brasileiro. Precedentes.

III - **A sentença homologanda informa que as partes estavam separadas de fato há mais de dois anos, sem terem retornado à vida comum, o que atende ao disposto no art. 226, § 6º, da CF/88.**

IV - Impossibilidade de se apreciar a questão referente à eventual conservação do nome de casada da requerente, uma vez que a homologação da sentença estrangeira não pode abranger e nem estender-se a tópicos, acordos ou cláusulas que não se achem formalmente incorporados ao texto da decisão homologanda. Precedentes do c. Supremo Tribunal Federal. Homologação deferida.

(SEC .421/BO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2007, DJ 03/09/2007 p. 110)

dos requisitos legais. Indeferimento. I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (arts. 5º, incisos I a IV e 6º da Resolução n.º 9/STJ, c/c art. 17 da LICC). II - In casu, busca o requerente, no Brasil, a homologação de sentença de falência (insolvência civil) proferida pela autoridade portuguesa em desfavor do requerido, com quem mantém sociedade empresária, para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1.030 do novo Código Civil (exclusão de sócio declarado falido). III - Ocorre, não obstante, que a legislação pátria aplicável prescreve que a declaração de falência está restrita, como regra, ao juízo do local onde o devedor possui o centro de suas atividades, haja vista o princípio da universalidade (artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005). IV - Nesse sentido, **incabível a homologação de sentença estrangeira para os fins pretendidos pelo requerente, uma vez que a declaração de falência é de competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública.** Pedido indeferido.

Embargos de Declaração na Sentença Estrangeira Contestada nº 4789 / Estados Unidos - Relator: Ministro Felix Fischer - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 01/09/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 11/11/2010 – Ementa: Embargos de declaração na sentença estrangeira contestada. Guarda e visitação. Competência concorrente. Jurisdição americana exclusiva. Acordo entre as partes. Impossibilidade. Embargos parcialmente acolhidos sem efeitos modificativos. I - É competência concorrente das Justiças norte-americana e brasileira processar e julgar ação de guarda e visitação de menor domiciliado com a genitora no Brasil, sendo o genitor domiciliado nos Estados Unidos da América, nos termos do art. 88, I, do CPC. II - **Acordo realizado entre as partes não possui o condão de conferir à Justiça norte-americana a competência exclusiva para decidir sobre as condições de guarda e visitação do menor, sob pena de ofensa à soberania e à ordem pública.** Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para sanar a contradição apontada, sem atribuição de efeitos modificativos.

Sentença Estrangeira Contestada nº 2547 / Estados Unidos - Relator: Ministro Hamilton Carvalhido - Órgão Julgador: Corte Especial - Data do Julgamento: 12/04/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 12/05/2010 – Ementa: Sentença estrangeira contestada. Divórcio. Homologação. Requisitos do artigo 9º da Resolução Nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça. Bens localizados no Brasil. Homologação com ressalva. 1. Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada regularmente a parte e transitado em julgado o decisum homologando, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira. 2. **Viola a soberania nacional a sentença estrangeira que dispõe sobre bens imóveis localizados no Brasil, excluindo-os da meação da ré, matéria da competência absoluta da Justiça brasileira.** 3. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido, ressaltando-se as disposições acerca dos bens localizados no Brasil.

As três decisões acima destacadas, todas do ano de 2010, abordam a questão da competência da justiça brasileira e a possibilidade ou não de afastá-la. Esse tema é recorrente, mas sempre há novos debates em razão dos casos concretos que são apresentados à deliberação do STJ.

Por exemplo, na SEC 1734, o STJ avoca a declaração de falência como competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública. Note-se que o entendimento do tribunal é feito por via diversa daquela que consistiria na aplicação direta do artigo 89 do Código de Processo Civil.

Já nos Embargos de Declaração da SEC 4789 / Estados Unidos, o STJ deixa claro que para processar e julgar ação de guarda e visitação de menor domiciliado com a genitora no Brasil, sendo o genitor domiciliado nos Estados Unidos, seria a hipótese de competência concorrente, nos termos do art. 88, I, do CPC. Contudo, o que a decisão do Superior Tribunal de Justiça ressalta é que um acordo particular não pode afastar a jurisdição brasileira em assunto de tamanha sensibilidade, pois seria um ato de ofensa à soberania e a ordem pública.

Por fim, o STJ na SEC 2547 novamente se pronunciou com referência a bens localizados no Brasil que, em razão da soberania e com fulcro no art. 89 do CPC, trata-se de matéria da competência exclusiva da Justiça brasileira.

## 9. Conclusão

A soberania do Estado implica em uma série de funções típicas, tal como a jurisdição. Mas, essa atividade, via de regra, é exercida nos limites territoriais do Estado. Todavia, no direito internacional vigoram princípios e regras de cooperação internacional que recomendam que decisões proferidas no estrangeiro possam produzir efeitos em outros países. Segundo Luiz Lux, “esse fenômeno é deveras interessante porquanto implica determinado juiz recepcionar a decisão proferida noutro sistema, quiçá completamente diverso daquele em que se vai efetivar a decisão”.<sup>23</sup>

O Brasil confere à sentença estrangeira o mesmo tratamento da sentença nacional mediante um juízo de delibação verificando o atendimento de requisitos pré-definidos, em especial aqueles elencados na Resolução STJ nº 9.

Ao longo do trabalho, procurou-se verificar os entendimentos do STJ obtidos de suas decisões em homologação de sentenças estrangeiras para o biênio 2009/2010. Não foi analisada a totalidade dessas decisões, mas, foi feita uma abordagem por tópicos, considerando sua importância na disciplina de processo internacional. Dessa forma, podemos concluir que o STJ teve atuação diante da questão da sentença estrangeira desmotivada e como ele verifica a submissão da parte à jurisdição alienígena. A citação válida como elemento fundamental para a possibilidade de deferimento do pedido homologatório, atendendo os preceitos da ampla defesa e do contraditório. O posicionamento progressista em matéria de arbitragem e a sensibilidade para definir seu campo de competência, ponderando a ordem pública e a soberania nacional. Também foram levantadas decisões sobre a recente inclusão do §6º do art. 7º da LICC confrontando-o com a constituição federal.

### Referências Bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 3ª Edição, 1938.

DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional*. Volume I, 1997.

FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. IN: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V, 9ª Edição, 2001.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*. IN: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

---

<sup>23</sup> FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. IN: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STJ, *Base de jurisprudência*, 2011

STF, *Pesquisa de Jurisprudência*, 2011

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 32ª Ed., 2000.

TIBURCIO, Carmen; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Ed. Renovar, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Volume I, 4ª Edição, 1979.

## COISA JULGADA: A FRAGILIDADE ESCONDIDA POR DETRÁS DO DOGMA

*Fabiana Marcello Gonçalves*

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com especialização em Direito Processual Civil. Mestranda pela Universidade Estácio de Sá (Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social / Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo). Advogada do escritório Vaz e Dias, Arruda da Veiga e Associados.

**Resumo:** A presente pesquisa foi impulsionada pela importância histórica que o estudo da coisa julgada assume não só no cenário jurídico, mas também no meio social. Dessa forma, em decorrência das falhas cometidas pelo Estado, em específico o Poder Judiciário, parece inevitável a defesa da desconsideração da coisa julgada. Entretanto, o objetivo fulcral deste trabalho é questionar se a relativização da coisa julgada, de fato, constitui a melhor solução para que sejam corrigidos os equívocos cometidos no exercício da atividade jurisdicional, pondo-se em foco uma análise histórica do instituto, a fim de se investigar a fragilidade que se esconde por detrás do chamado dogma da coisa julgada. Sendo assim, mais do que impor soluções, o que se pretende com a presente abordagem é promover uma desvinculação de falsas ideias, para que se possa chegar a uma conclusão a respeito da problemática apresentada.

**Abstract:** The reason for this paper lies on the importance that res judicata has in the law, but also in the community itself, taking into account the expectation of a party (whether a person or a company) to a fair ruling of the Court, regarding the claims submitted. As a result of the State inability to reach, in some occasions, such objective, in particular the Judicial Branch, it appears to be inevitable defending the possibility of re-litigating what has been already ruled and considered to be Res Judicata. During this work, we question if the re-litigation of res judicata is the most adequate solution to correct possible errors of our Courts, or if, by the contrary, will only aggravate more the problem. As such, and more than determining any solution, our primary goal is to clear away any false problem or misconception associated, in order to reach an answer to the problem.

**Palavras-Chave:** Coisa Julgada; Segurança Jurídica; Relativização; Direito Romano; Direito Germânico.

O estudo da coisa julgada, sem dúvidas, sempre assumiu importância fulcral no cenário jurídico mundial. Hodiernamente, o interesse pelo instituto da coisa julgada vem ganhando novos contornos, fazendo com que a doutrina passe a centrar foco na possibilidade de desconstituição das sentenças transitadas em julgado. E a questão relativista vem ganhando tanto espaço na atualidade que passou a ser enxergada como uma espécie de “luz no fim do túnel” para a resolução dos problemas do Judiciário, notadamente a falta de comprometimento dos juízes com a busca da tão festejada verdade real, em detrimento da verdade meramente formal.

William Couto, oportunamente, afirmara que o estudo da coisa julgada representa um dos temas mais polêmicos e intrigantes do Direito Processual, visto que, provavelmente, é o assunto sobre o qual mais escrevem juristas de todos os tempos. Ademais, sua importância, como bem ressalta o autor, transcende os limites do direito processual, constituindo-se uma verdadeira questão constitucional<sup>1</sup>. E justamente por constituir um tema sobre o qual grandes juristas de todo o mundo já se debruçaram, torna-se um grande desafio analisar tal questão de forma crítica e, até mesmo, inovadora.

Diante disso, deixando de lado o medo de parecer incoerente, há que se destacar que o que se pretende com o presente estudo não é, nem de longe, esgotar todas as polêmicas que gravitam em torno do estudo da coisa julgada, bem como da possibilidade de relativização da mesma em casos de erros, injustiças ou até mesmo inconstitucionalidades perpetradas pelos magistrados no exercício da atividade judicante. Ainda, não constitui objetivo deste ensaio efetuar um detido estudo favorável ou contrário à moderna tese relativista, que vem ganhando cada vez mais adeptos na doutrina brasileira. Por outro lado, buscar-se-á desmistificar a clássica ideia de que a coisa julgada representa um verdadeiro dogma, de forma a comprovar que a dita intangibilidade das sentenças transitadas em julgado não é absoluta, sendo, portanto, atécnico falar em “relativização”. Sobre o tema, Barbosa Moreira reitera a impossibilidade de se enxergar a coisa julgada (e a própria segurança jurídica) em um plano absoluto, advogando que, quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo<sup>2</sup>.

Nada obstante seja evidente não se tratar de um direito absoluto, como nenhum outro direito também é, considerável parcela da doutrina, na defesa cega da relativização da coisa julgada, insiste em tratar a coisa julgada como dogma. Alexandre

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.163.

<sup>2</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Bahia: Editora JusPodivm, 2008, p. 225.

Freitas Câmara, nesse sentido, embora afirme que a ideia de coisa julgada como dogma inatingível foi abandonada nos dias de hoje, apregoa que tal fato não foi hábil a abrandar a autoridade do instituto, fazendo com que, ainda que o resultado do processo não corresponda ao que seria correto conforme o direito, imponha-se o resultado de forma coercitiva, tornando impossível qualquer nova discussão a respeito do que foi definitivamente julgado<sup>3</sup>. Todavia, me parece que o equívoco de tais autores, ferrenhos defensores de uma chamada “coisa julgada relativa”, reside no fato de que os mesmos ignoram as raízes sobre as quais repousam a origem da coisa julgada.

Logo, é possível afirmar sem medo de errar que não resiste a uma simples análise histórica a errônea dogmatização da coisa julgada, visto que o seu nascimento, conforme veremos no decorrer deste ensaio, retrata a real fragilidade inerente à coisa julgada. Dessa forma, fato é que a coisa julgada foi erguida sobre um terreno minado e, consoante sabidamente preconizado por Barbosa Moreira, nenhuma construção sólida pode erguer-se sobre terreno minado. E assim prossegue o autor:

“Nenhuma construção sólida pode erguer-se sobre terreno minado. Se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeiam a face da justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos de falsas ideias (...). Elas turvam a nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais profundo despenhadeiro”<sup>4</sup>.

A verdade é que, ao verificar parte da literatura existente sobre a coisa julgada, notadamente aquelas que se dedicam ao estudo da possibilidade de desconstituição das sentenças transitadas em julgado, é possível depreender que não se costuma efetuar uma abordagem mais apurada sobre a evolução do instituto. Assim, acaba-se optando por adentrar nos debates mais calorosos que permeiam o assunto sem perpassar por premissas de grande valia, o que acaba comprometendo o correto delineamento do tema. Rogério Cruz e Tucci, nesse sentido, enaltece a importância da averiguação histórica para a ciência do direito e afirma:

“O estudo histórico é peça fundamental na ciência do direito. Sem que as pessoas se dêem conta, verdade é que vivem elas, em grande parte, com o auxílio da história: gregos e romanos

---

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da Coisa Julgada Material**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Bahia: Editora JusPodivm, 2008, p. 18.

<sup>4</sup> MOREIRA, Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual - Oitava Série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 12.

foram historiógrafos por excelência, assim demonstrando as obras de Heródoto e Tito Lívio”<sup>5</sup>.

Portanto, qualquer estudo referente à coisa julgada deve partir de uma investigação histórica, a fim de evitar conclusões precipitadas a respeito da coisa julgada e da sua importância no Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, aprioristicamente, há que se destacar a existência de críticas substanciais a respeito da imutabilidade e indiscutibilidade das decisões judiciais, notadamente aquelas que atentem contra determinados valores da sociedade. Com isso, repise-se, vem sendo defendida a fragilização da coisa julgada como se o instituto em apreço possuísse força inenarrável, o que, com todas as vênias, não reflete a realidade. E é aqui que se evidencia a importância de um estudo histórico, visto que, somente através de tal análise, tornar-se-á possível constatar a fragilidade que permeia a origem da coisa julgada.

Ao tratar do surgimento da coisa julgada, qualquer processo investigativo deve tomar como ponto de partida o direito romano. Ocorre que a coisa julgada encontra no direito romano o cenário propício para o seu enraizamento e posterior desenvolvimento. De acordo com Liebman, no direito romano clássico, resumia-se o resultado do processo na *res iudicata*, sendo esta uma materialização da certeza e segurança das regras. Por esse motivo, se afirmava que determinada decisão se tornava estável pelo simples fato de representar as normas jurídicas. Com isso, continua Liebman:

“A força criadora da sentença, por um lado, e, por outro, a consumação da *actio* bastavam por si sós para configurarem em todos os seus aspectos a significação da *res iudicata*, sem necessidade alguma de recorrer a qualquer caráter especial seu. O *iudicatum* ou impunha, na verdade, ao réu uma obrigação, sancionada pela *actio iudicati*, que não diferia, em nada, das outras *obligaciones*, ou então liberava do vínculo emergente da *litis contestatio*. E a impossibilidade de novamente propor a mesma ação era a consequência natural da consumação processual”<sup>6</sup>.

Evidente, portanto, que o sentido que a coisa julgada possuía no direito romano era limitado, o que comprova que em seu nascimento a coisa julgada não representava instituto dotado de grande força. Por tal motivo, não seria correto se falar em “dogma”, posto que dogmas pressupõem indiscutibilidade, o que não ocorria no

---

<sup>5</sup> CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 30.

<sup>6</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 4.

caso. Portanto, a coisa julgada nasce como uma mera consequência lógica das decisões, sem que lhe fosse conferida qualquer efeito especial, diferindo da ideia atualmente difundida de que a coisa julgada representa uma verdadeira autoridade. Sendo assim, no direito romano, transitada em julgado uma decisão eivada de alguma nulidade, a mesma era simplesmente desconsiderada como se jamais tivesse existido, visto que, segundo os romanos, ela não seria apta a formar coisa julgada. Isso, por si só, denota cabalmente a dita fragilidade do instituto, desmistificando a falsa dogmatização da coisa julgada. Por isso, a coisa julgada romana era considerada um mero efeito que, em face de determinada nulidade, ensejava a desconsideração do julgado, não gozando de qualquer autoridade que fizesse com que tal julgado se tornasse indiscutível e imutável, ainda que eivado de vícios.

E essa ausência de autoridade da coisa julgada pode ser facilmente justificada se voltarmos os olhos para o objetivo que o processo romano tinha, qual seja, fazer valer a vontade da lei. Em outros termos, levando-se em conta a necessidade imperiosa de prevalência da lei, delegava-se à coisa julgada um papel acessório, já que a mesma constituía mero instrumento de concretização da vontade legal. Não se levava em conta, nesse momento, qualquer discussão acerca da segurança jurídica (também denominada, na atualidade, de confiança legítima<sup>7</sup>). Não era a coisa julgada considerada uma *longa manus* deste princípio, mas tão somente uma forma de se proteger as decisões que refletiam fielmente aquilo que a lei estabelecia. Logo, sendo proferida uma sentença contrária à lei, não haveria qualquer motivo plausível que justificasse a sua manutenção. Todas as considerações históricas acima apresentadas podem ser sintetizadas por intermédio das palavras de Leonardo Greco:

“(…) De início, a tradição romana, de julgamentos privados, que levava o legislador a simplesmente ignorar a força do julgado nulo, considerado inexistente, que sempre podia ser atacado por uma ação subsequente, como a *infinitio iudicati* ou a *restitui in integrum*. Em verdade, conforme demonstrou CALAMANDREI no seu incomparável estudo sobre a Cassação Civil, foi o Direito Germânico que instituiu o princípio da validade formal da sentença, com eficácia *erga omnes* e não sujeita nem mesmo a qualquer impugnação recursal, como consequência do costume dos julgamentos em assembleias populares e, num segundo momento, em escabelados igualmente de composição popular”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 35. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre\\_aragao.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre_aragao.html)>. Acesso em: 20.jan.2011.

<sup>8</sup> GRECO, Leonardo. Ainda sobre a coisa julgada. In: **Estudos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 559.

Dessa maneira, por intermédio de uma análise meramente perfunctória, é possível constatar que, atualmente, a coisa julgada assumiu uma estrutura mais delineada, justamente por não mais ser apenas uma decorrência lógica das sentenças que se coadunassem com as leis. Isso fez com que a clássica definição da *res iudicata* perdesse a sua razão de ser, inclusive nos próprios países de tradição romana. Mas, ainda assim, permanece não sendo possível falar em dogmatização da coisa julgada, já que a mesma, nos dias atuais, continua não sendo absoluta. Sendo assim, diante dessa alargada fragilidade da *res iudicata* romana que, reitere-se, encontra-se superada nos próprios países que seguem esta tradição, uma indagação se faz imperiosa: *retirar a autoridade da coisa julgada, conforme defendido pela tese relativizadora nos dias atuais, não configuraria um retrocesso?* Não obstante a intenção não seja adentrar na discussão da relativização propriamente dita, consoante já afirmado no intróito deste breve estudo, parece que tal questionamento é fundamental para que haja uma maior conscientização da doutrina e da jurisprudência acerca dos valores e garantias conquistados ao longo da história pelo cidadão no que se refere à coisa julgada.

Diante disso, embora se tenha, na realidade atual, a coisa julgada como concretização da intangibilidade das decisões judiciais transitadas em julgado, representando, inclusive, a credibilidade dos atos estatais, não se pode olvidar que a lógica romana, arcabouço sustentador de todo o instituto da coisa julgada, enxergava as decisões judiciais como meras reproduções da lei. Logo, embora tenha sido promovida, ao longo da história, uma canalização de esforços para o recrudescimento da coisa julgada, não se pode esquecer a origem fragilizada do instituto. Somente tendo-se tal questão em mente se torna possível refletir acerca da relativização. Dessa feita, promover uma desmistificação da coisa julgada, historicamente enxergada como intangível e dotada de considerável força, é condição *sine qua non* para que se inicie qualquer estudo mais aprofundado acerca do instituto.

Ainda acerca da coisa julgada no direito romano, cumpre destacar que a partir da superação da visão clássica da *res iudicata*, torna-se possível afirmar que este instituto não é, em consonância com a importante contribuição de Liebman, um mero efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, em conformidade com as diferentes categorias de sentenças<sup>9</sup>. Em outros termos, pode-se afirmar que o direito romano impregnou a visão de diversos processualistas, que enxergavam a coisa julgada como consecutória da própria lei afirmada. Chiovenda, por exemplo, definia a coisa julgada como sendo a indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada. Carnelutti, em contrapartida, afirmava que a manifestação dos juízes nada mais era do que uma declaração da vontade estatal que tornava concreta a norma abstrata, sendo a coisa julgada a estabilização dessa concretização das leis. Dessa maneira, foi Liebman quem

---

<sup>9</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit. p. 6.

questionou essa mera relação de causa e efeito inerente à tradição romana - a coisa julgada era mero efeito das sentenças que se coadunassem com as normas legais. E, por isso, a sua contribuição é tão importante e reconhecida até os dias atuais, embora existam críticas contundentes acerca do objeto de incidência da imutabilidade e da indiscutibilidade (Liebman afirmava que a incidência se dava sobre os efeitos da sentença).

Dito isso, após um breve passar de olhos sobre a doutrina de Chiovenda, Carnelutti e Liebman, torna-se imperioso destacar que o declínio do Império Romano deu-se na Idade Média com a instalação dos povos germânicos. Nessa toada, ocorre inegável enfraquecimento do Estado, fazendo com que a força da coisa julgada se desagregasse das normas, conforme preconizava a tradição romanística. Assiste-se, portanto, a uma modificação do próprio papel da coisa julgada, que deixa de ser mera afirmação das normas jurídicas postas para se tornar uma perspectiva da própria realidade. Passa-se a enxergar a coisa julgada como uma verdade jurídica, não mais importando se uma dada decisão é certa ou errada, justa ou injusta, legal ou ilegal, interessando apenas se ela estava ou não acobertada pela coisa julgada. Logo, é nessa fase de declínio do Império Romano que se começa a enxergar a coisa julgada como uma autoridade capaz de acobertar a verdade criada pelas decisões judiciais, cenário retratado pelo conhecido brocado *res iudicata facit de albo nigro, de quadrata rotunda* (a coisa julgada faz do branco preto, do quadrado, redondo)<sup>10</sup>.

Conforme bem leciona Leonardo Greco, com a modificação do papel da coisa julgada, efetuado após a fusão do Direito Germânico com o Direito Romano, introduziu-se a querela de nulidade para a utilização em casos de vícios mais graves dos julgados, aproveitando a *restitutio in integrum* romana para corrigir as injustiças decorrentes de erros de fato<sup>11</sup>. Cumpre lembrar que, anteriormente, o direito romano não conhecia a figura da nulidade e, por tal razão, não se anulavam as decisões, já que a figura dos atos nulos não era reconhecida.

Dessa forma, sai-se de um período de absoluta insegurança, onde a qualquer tempo determinada sentença poderia ser considerada inexistente, desde que comprovada a sua nulidade, para um cenário onde a coisa julgada encontra-se menos vulnerável no ordenamento, somente podendo ser desconsiderada em casos específicos e por intermédio de ações igualmente específicas. Conseqüentemente, não há como se negar que, se em algum momento, a coisa julgada foi dotada de uma considerável rigidez, certamente não foi no seu nascimento, afirmação que comprova a premissa inicial de que a coisa julgada nasce fragilizada. Parece-me, com isso, que o fortalecimento da

---

<sup>10</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.35.

<sup>11</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 559.

coisa julgada no direito germânico constituiu apenas uma forma de amenizar a excessiva banalização da *res iudicata*, como se isso fosse capaz de compensar a insegurança que incidia sobre as sentenças transitadas em julgado no direito romano.

E, ainda que o direito germânico tenha proporcionado um incremento no instituto da coisa julgada, tornando-a, de fato, mais do que mera forma de assegurar as leis, já havia a previsão de casos em que a sua autoridade não poderia se impor, o que comprova que a coisa julgada nunca foi absoluta, como muitos insistem em afirmar. É a história que comprova o relativismo inerente à coisa julgada! Está-se diante de um instituto que surge fragilizado e que, embora tenha se corporificado no direito germânico, assegurou a existência de um meio no qual fosse possível mitigar essa autoridade das decisões, mecanismo este que, no sistema processual brasileiro, encontra seu maior ponto de apoio nas ações rescisórias.

Tudo isso reflete uma história que, desde a sua origem, delegou à coisa julgada papéis subalternos e essa é uma herança que o Brasil fez questão de levar consigo. Talvez por isso cause tanto espanto constatar a tamanha simplicidade com a qual muitos autores tratam a tese relativizadora sem sequer averiguar o “embrião” de todos os problemas. Hoje, em plena vigência do neoconstitucionalismo, virou moda falar em justiça (não que falar em justiça seja ruim, mas merece crítica a utilização irracional deste ideal). É comum a todos os discursos favoráveis à ideia de relativização a crítica à prevalência da coisa julgada em detrimento da justiça das decisões (ainda que não se saiba, com precisão, o que é justiça). Mas, o questionamento que aqui se põe é: *não é possível coadunar os valores consagrados pelo neoconstitucionalismo com a coisa julgada? Ou melhor, não seria possível pensar na coisa julgada como uma concretização de tais valores?*

Reafirme-se, nesse diapasão, que a intenção deste breve estudo não é dedicar esforços à análise da possibilidade de relativização da coisa julgada, mas o leitor deve sim se sentir instigado, com um olhar voltado também para toda a questão histórica ora apresentada, a sopesar os prós e contras da tese relativista. Logo, o que deve restar claro e evidente é que, no decorrer da história, a coisa julgada teve o seu papel modificado: de mera afirmação das normas jurídicas (conceito romano), a coisa julgada adquiriu contornos mais relevantes com o direito germânico, o que, repise-se, não apaga da história o papel subalterno que o instituto assumiu anteriormente. E a influência romana foi tão relevante que, conforme devidamente exaltado, no período moderno, continuou-se a ter autores renomados que insistiam em manter o elo entre a coisa julgada e as normas vigentes.

Com isso, delineados os principais aspectos acerca da origem da coisa julgada no direito comparado, notadamente nos sistemas romano e germânico, sistemas estes que influenciaram e continuam a influenciar os sistemas jurídicos modernos, passa-se a

efetuar uma investigação mais detalhada da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme é sabido, durante o período em que o Brasil foi colônia de Portugal, todo o sistema que lá vigorava era aqui utilizado, o que fez com que fosse adotado em *terra brasilis*, durante longo tempo, o sistema romano, já que a influência do direito germânico sobre Portugal não assumira grandes contornos. Por esse motivo, a coisa julgada no Brasil, assim como nos países inspirados na tradição romanística, tinha como função precípua a proteção das normas, não havendo que se falar em autoridade inerente à coisa julgada, pois esta seria apenas um consectário da própria legalidade das decisões emanadas. E tanto era assim que as sentenças que padecessem de algum vício eram simplesmente tidas como inexistentes, havendo uma clara invasão da esfera da nulidade, posto que esta se confundia com a própria inexistência. Diante disso, tem-se por comprovado que a coisa julgada também teve uma origem fragilizada no Brasil e, por considerar inexistente a sentença nula, não havia sequer necessidade de se ingressar com qualquer ação hábil a rescindi-la, fato este que nos mostra que a fragilidade da coisa julgada não se deu tão somente em seu nascimento no direito romano, sendo também uma realidade brasileira.

Tal paradigma perdurou até a independência do Brasil, considerada um divisor de águas brasileiro no que tange ao estudo da coisa julgada, tendo sido este momento histórico marcado pelo abandono gradativo do sistema português das ordenações Filipinas, Manoelinas e Afonsinas. Após a independência brasileira, é possível citar dois grandes marcos responsáveis pela ruptura com a visão tradicional romana acerca da coisa julgada, quais sejam: (i) a criação da ação rescisória em 1843 e (ii) o Regulamento 737 de 1850. Quanto à criação da ação rescisória, embora em um primeiro momento sejamos levados a crer que tal instrumento vulnerabiliza a coisa julgada, visto criar hipóteses legais de desconconsideração, é importante que se reitere a instabilidade anterior que permeava a realidade brasileira. Saiu-se, portanto, de um momento de absoluta vulnerabilidade, na qual decisões contrárias às normas vigentes eram tidas como inexistentes para a um momento no qual são criados “filtros” capazes de selecionar quais decisões transitadas em julgado poderiam ser novamente analisadas. Por sua vez, com relação ao Regulamento 737, destaque-se que este, apesar de conceituar a coisa julgada, não era aplicável em matérias cíveis, passando a abarcar tais matérias somente a partir de 1890. Para entender melhor essa evolução histórica do modelo brasileiro, valho-me da doutrina de José Ribamar Moraes:

“Descoberto o Brasil, aqui vigoraram, inicialmente, as Ordenações Afonsinas (1446), depois as Manuelinas e por fim as Ordenações Filipinas, L. III, Tít. LXXV, que tratava da sentença distinguindo-as em “algumas” e “nenhuma”. As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil Colônia. Proclamada a

independência no Brasil Imperial, editou-se o Código Comercial em 1850, e, em virtude de suas dificuldades práticas, o Imperador viu-se obrigado a editar o Regulamento 737, de 25/11/1850, que tratou da ação rescisória nos seus arts. 680 e 681 (...). Mas as Ordenações continuavam em vigor em matéria civil, com aplicação concorrente, dependendo da cultura jurídica do aplicador do Direito. Tinha, ainda, prescrição perpétua, mas a jurisprudência, como assinalou Carlos Maximiliano, passou a entendê-la trintenária. Salienta-se que, nesse período, a competência para processar e julgar a ação rescisória era do juízo que havia proferido a ação rescindenda, quer dizer, no primeiro grau de jurisdição”<sup>12</sup>.

Após isso, conforme muito bem assevera Leonardo Greco, a evolução foi mínima. Nesse ínterim, o autor afirma que a escancarada vulnerabilidade da coisa julgada pela ação rescisória não tem paralelo em nenhum sistema processual moderno e subsiste até hoje com a complacência da doutrina, à exceção de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, que procurou limitar a violação da literal disposição de lei apenas às leis de direito material<sup>13</sup>.

Evidencia-se, com isso, que a coisa julgada não somente surge extremamente vulnerável no direito brasileiro, mas se desenvolve de forma igualmente vulnerável, encontrando na ação rescisória um grande ponto de fraqueza. Assim sendo, embora a ação rescisória tenha surgido como uma forma de limitar a instabilidade que incidia sobre a coisa julgada, já que o sistema romano escancarava a fragilidade do instituto, posteriormente, foi esse mesmo instrumento que perpetuou tal fragilidade. Nelson Nery Jr., inclusive, chega a afirmar que a norma da lei ordinária que autoriza o manejo da ação rescisória para a modificação da coisa julgada é, aparentemente, inconstitucional, sendo admitida tão somente em consequência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade<sup>14</sup>.

Tudo isso faz cair por terra a visão sacralizada, há anos sedimentada na doutrina, de que a coisa julgada deve ser tida como um dogma, sendo algo inatingível. E a maior prova de que a coisa julgada é perfeitamente tangível é a própria existência das ações rescisórias, cujas hipóteses de incidência se encontram previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

---

<sup>12</sup> MORAES, José Ribamar. **O Labirinto da Ação Rescisória**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília. Disponível em <  
[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21816/labirinto\\_acao\\_rescisoria.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21816/labirinto_acao_rescisoria.pdf?sequence=1) >.  
Acesso em: 26.nov.2010.

<sup>13</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 560.

<sup>14</sup> NERY JR., Nelson. Coisa julgada e o estado democrático de direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista Forense**, v. 100, n. 375. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 141.

Por tal motivo, deve-se constituir como pressuposto para qualquer estudo acerca da relativização da coisa julgada o fato de que as ações rescisórias já fazem com que as sentenças transitadas em julgado gozem de uma “autoridade” que não se impõe de maneira absoluta. O que se tem, portanto, é uma espécie de autoridade mitigada. E pior: mitigada por um instrumento falho que possui um prazo que, por vezes, se mostra excessivo e, por outras vezes, se mostra insuficiente.

Apesar disso, para muitos defensores do relativismo, a rescisória não se mostra suficiente para corrigir determinados vícios, notadamente porque o prazo deste instrumento pode não vir a ser suficiente para o conhecimento destes. Diante disso, indago: *a melhor alternativa não seria alterar o sistema das rescisórias?* Ora, se considerarmos que a coisa julgada constitui uma garantia (como de fato constitui) e que esta possui uma história de fragilidades e incertezas, conforme já analisado, acredito que o melhor caminho não seria promover um resgate da vulnerabilidade romana. Sendo, assim, repita-se: *será que não é a hora de o legislador criar coragem para alterar o mecanismo de aplicação das ações rescisórias?*

De acordo com Leonardo Greco, a ação rescisória, além de por si só debilitar a coisa julgada, sofreu ínfimas limitações impostas no curso do tempo, tais como reduções de prazos nos Códigos de 1916 e 1973 e a adoção da Súmula 343, que, de acordo com a visão do renomado autor, jazeu como um cadáver durante décadas e de repente ressuscitou para alguns casos, não para outros, assentada na insustentável premissa de que a incerteza ou dúvida se sobrepõe à lei e de que a mesma pode ter mais de uma interpretação<sup>15</sup>. Data vênia, o texto da Súmula 343 denota um absurdo sem tamanho, permitindo-se a prática de arbitrarismos e decisionismos que não encontram mais guarida na era do neoconstitucionalismo. Lenio Streck, nesse sentido, defende que o constitucionalismo, na sua versão social, compromissória (e dirigente), não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas<sup>16</sup>. Diante do exposto, soa, no mínimo, antagônico, vislumbrar tantos processualistas abraçando a tese relativista e, por conseguinte, um maior enfraquecimento da coisa julgada, quando temos a ação rescisória sendo utilizada de maneira tão contraproducente.

Retornando à evolução da coisa julgada no Brasil, ainda como uma forma de tentar evidenciar (talvez seja um verdadeiro apelo) a fragilidade que se esconde por detrás do dogma, cumpre destacar que tal instituto somente foi positivado no ordenamento republicano em 1916 com a Lei de Introdução ao Código Civil que, em seu artigo 6º, previa que a lei nova deverá respeitar situações juridicamente constituídas.

---

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Estudos Jurídicos, Santa Catarina. Disponível em < [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos) >. Acesso em: 12.ago.2011.

A redação do referido artigo, ao ser alterada pela Lei 3.238 de 1957, passou a estabelecer que, muito embora a lei tenha efeito imediato e geral, esta deverá respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. E, no parágrafo 3º do mesmo artigo, passou-se a definir a coisa julgada como sendo decisão judicial sobre a qual não caiba mais recurso.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, passou-se a prever, no artigo 798, que a sentença proferida em ofensa à coisa julgada padeceria de nulidade. Note-se, dessa maneira, que de forma expressa, rompe-se com a tradição romana de julgados nulos tidos como inexistentes. Não obstante, há que se destacar que o legislador cometeu apenas um equívoco: não se trata de nulidade propriamente dita, mas de anulabilidade, pois, não sendo proposta a ação rescisória no prazo legal, tal sentença, ainda que ofensiva à coisa julgada, se convalidaria. Tem-se, aqui, um grande ganho para a coisa julgada, superando-se, de uma vez por todas, o ponto mais frágil que a coisa julgada havia herdado do direito romano e, com isso, a inexistência das decisões contrárias às normas legais cede espaço para a nulidade (ou melhor, anulabilidade).

Destaque-se, sobre tal aspecto, que essa lógica da ação rescisória visa a atender aos anseios dos jurisdicionados, principalmente se considerarmos a falibilidade como característica intrínseca a todo ser humano. Por outro lado, ao estabelecer um prazo específico para a propositura das ações rescisórias, o legislador atendeu ao clássico brocardo *dormientibus non succurrit ius* (o direito não socorre aos que dormem). Mas, não obstante a intenção do legislador possa ter sido boa, foi exatamente essa rígida fixação de prazos para o manejo da rescisória que se tornou responsável por gerar tanta discussão acerca da relativização, não sendo possível se falar, com precisão, quando os prazos pré-estipulados são razoáveis ou não, visto que 02 (dois) anos podem configurar um período excessivamente alargado em determinados casos e, em outros, curto demais. Assim, para que se torne possível entender pela razoabilidade deste prazo legal, deve-se atentar sempre para o caso concreto apresentado.

Por conseguinte, a fixação desse rígido prazo para a propositura da ação rescisória faz com que, nos casos em que os 02 (dois) anos sejam insuficientes, a doutrina se curve ao relativismo, como se esta fosse a única saída. Inobstante, parece-me que se render aos “encantos” relativistas não é a saída mais segura, visto que o problema continuará a existir. E digo que o problema continuará a existir justamente porque aceitar a desconsideração da coisa julgada como uma alternativa viável nada mais é do que adotar uma solução individualista. E esta solução fará com que, cada vez mais, a coisa julgada venha a ser afrontada, vilipendiando-se o próprio Estado Democrático de Direito. E, falando em soluções individualistas, impende destacar que a tese relativista tem por objetivo central o suprimento de determinadas falhas perpetradas pelo Estado-juiz na tomada de decisões. Em outras palavras, é inegavelmente possível se afirmar que o relativismo é casuístico, cabendo ao magistrado, no caso concreto,

definir determinada decisão errada foi errônea ou não, o que provocaria uma onda de decisionismos capaz de sepultar a coisa julgada de forma irreversível.

Por tais motivos, entendo que o melhor caminho a ser trilhado não seja atacar a coisa julgada, mas sim, alterar o sistema de forma racional, o que somente seria possível se fosse alterado o mecanismo das ações rescisórias. Somente assim seriam dirimidas as principais controvérsias existentes acerca do tema, preservando a segurança jurídica inerente à coisa julgada, de forma a não fragilizar ainda mais um instituto sustentado por raízes não muito profundas. Logo, o que deve ser feito, ao meu ver, é flexibilizar o prazo das rescisórias, substituindo o atual sistema da rigidez de prazos que, conforme já afirmado, é o grande causador das discussões que giram em torno da descon sideração da coisa julgada.

A flexibilização da contagem de prazos para manejo da rescisória, dessa forma, não somente viria a atender ao apelo da doutrina relativista, mas também evitaria a vulnerabilização da coisa julgada, instituto que possui, desde seu nascimento, a fragilidade como marca indelével. A mencionada fragilidade da coisa julgada é tão evidente que o próprio constituinte, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, optou por assegurá-la de forma expressa, afirmando que a lei não a poderá prejudicar. E, devido ao fato de a Constituição somente fazer menção à lei, há quem defenda que a intangibilidade da coisa julgada perante os aplicadores do direito sequer é reconhecida legal ou constitucionalmente, haja vista que o texto constitucional faz menção somente à impossibilidade de lei nova afrontar a coisa julgada anterior. Confira-se o posicionamento de Donaldo Armelin sobre tal questão:

“Deveras, se a lei, constitucionalmente, é a única forma de imposição de conduta positiva ou negativa, não haveria como qualquer ato que não se revestisse de sua natureza, inclusive uma decisão judicial, afrontar essa imutabilidade em razão de uma redação do texto constitucional que enseje uma interpretação restritiva dessa redação”<sup>17</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, em contrapartida, defende que a opção do legislador constitucional foi a de garantir a impossibilidade de relativização da coisa julgada, impedindo sua rediscussão não só por intermédio de nova lei, mas também pelo próprio Poder Judiciário<sup>18</sup>. E o autor vai além, afirmando que não se pode, ainda, falar em relativização da coisa julgada através da ponderação de princípios, pois a coisa julgada, em uma ‘escala de valores’, possui valor superlativo, não podendo ser objeto do balanceamento pretendido. A coisa julgada, de acordo com o autor, é uma condição para

---

<sup>17</sup> ARMELIN, Donaldo. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. Bahia: Editora JusPodivm, 2008, p. 87.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**, 2a ed. São Paulo: RT, 2010, p. 16.

o discurso jurídico. Um discurso revelável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático geral. Assim, conclui Marinoni, a coisa julgada não integra o discurso propriamente dito, mas a parte formal da argumentação, sendo uma regra indispensável à existência do discurso jurídico<sup>19</sup>.

Todavia, deve restar claro que isso não significa dizer que a coisa julgada seja um direito absoluto, pois não se impõe a força do instituto em casos que envolvam a vida e a liberdade do cidadão. Ademais, para justificar a impossibilidade de se submeter a coisa julgada à proporcionalidade, Marinoni cita exemplo do Tribunal Constitucional Federal alemão que deixou claro que os direitos subtraídos ao poder de revisão têm valor supra constitucional. Em suma, se a Constituição Federal é clara ao prever que a coisa julgada é intocável, o que representa um verdadeiro reconhecimento da fragilidade do instituto, não faria qualquer sentido que fosse possível submetê-la à ponderação, pois isto iria de encontro ao próprio objetivo do constituinte.

Diante disso, não sendo absoluto o valor da coisa julgada, conforme muitos defensores da relativização afirmam, não há que se olhar para o instituto como dogma, devendo ser reconhecidas, antes de se partir para a cega defesa da desconsideração da coisa julgada, as fragilidades e vicissitudes que inquinam o próprio instituto, sob pena de incorrerem no mesmo erro que a maioria dos autores comete. Sobre o tema, Barbosa Moreira reitera a impossibilidade de se enxergar a coisa julgada em um plano absoluto, asseverando que, quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*. E, reconhece o renomado processualista, que até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro nos faz perceber que está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada material<sup>20</sup>.

Tais argumentos fazem cair por terra (ou pelo menos deveriam fazer) a ideia que muitos autores carregam consigo a respeito dogmatização da coisa julgada. Acontece que, ao se tratar a coisa julgada como verdadeiro dogma, esquece a doutrina que, para se falar em dogma, deve-se enxergar o instituto como algo intocável. Mas, mesmo no direito germânico, responsável pela afirmação da coisa julgada como verdade jurídica, não havia que se falar, conforme anteriormente visto, em intocabilidade absoluta. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, defensor da desconsideração da coisa julgada em caso de inconstitucionalidades, ao voltar os olhos para uma investigação histórica, desconsidera a fragilidade da *res iudicata* romana, asseverando que, durante séculos, a coisa julgada foi tida como algo absolutamente intocável, um verdadeiro dogma, insuscetível de qualquer discussão. E, concluindo, o autor comete um grande equívoco, afirmando que tal ideia (da coisa julgada como dogma) deve servir de ponto de partida para qualquer exposição sobre a autoridade da coisa julgada nos dias de hoje<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>20</sup> MOREIRA, Barbosa. Op. cit. p. 225.

<sup>21</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 18.

Note-se, portanto, que o mencionado autor parte de uma premissa equivocada - *a de que a ideia da coisa julgada como dogma deve servir de ponto de partida para a análise da coisa julgada* -, o que, por óbvio, não poderia fazer com que se chegasse a uma conclusão escorreita. Simplesmente, desconsidera-se o fato de que as bases da coisa julgada não são germânicas, mas sim, romanas! Portanto, qualquer exposição acerca da autoridade da coisa julgada não deve partir do direito germânico, mas do direito romano. E saber o exato ponto de partida da investigação histórica constitui questão fundamental para que seja possível constatar que as bases do instituto são, na verdade, fragilizadas, ao contrário do que preconiza Alexandre Câmara.

À guisa de considerações finais, ratifique-se que não constituiu pretensão deste estudo esgotar todas as problemáticas acerca do relativismo, o que seria impossível de ser realizado nestas poucas páginas. O que se tentou fazer, por outro lado, foi estabelecer o ponto inicial a partir do qual deve ter começo qualquer estudo acerca da coisa julgada. Assim, independentemente da conclusão a que se chegue (seja pela possibilidade de relativização ou não), o “marco zero” dos estudos acerca da coisa julgada deve ser sempre o direito romano, evitando-se, com isso, que partamos de premissas equivocadas acerca do instituto. Portanto, embora não existam fórmulas de validade universal para resolver por inteiro a equação, conforme já afirmara Barbosa Moreira<sup>22</sup>, é inegável que partir de conceitos deturpados faz com que a conclusão seja igualmente deturpada, turvando a visão do estudioso do direito, que passa a enxergar absurdos como verdades absolutas. Por isso, mais do que enxergar o objeto de estudo de forma coerente e sistematizada, com fulcro em opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, deve-se sempre investigar o arcabouço histórico que se esconde por detrás dos mitos que encobrem as grandes verdades.

### Referências Bibliográficas:

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 35. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre\\_aragao.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre_aragao.html)>. Acesso em: 20.jan.2011.
- ARMELIN, Donaldo. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. Bahia: Editora JusPodivm, 2008.
- BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da Coisa Julgada Material**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Relativização da coisa julgada. Bahia: Editora JusPodivm, 2008.

---

<sup>22</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 07.

- CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- GRECO, Leonardo. Ainda sobre a coisa julgada. In: **Estudos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**, 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**, 2a ed. São Paulo: RT, 2010.
- MORAES, José Ribamar. **O Labirinto da Ação Rescisória**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1a Região, Brasília. Disponível em < [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21816/labirinto\\_acao\\_rescisoria.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21816/labirinto_acao_rescisoria.pdf?sequence=1) >. Acesso em: 26.nov.2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. Bahia: Editora JusPodivm, 2008.
- \_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual - Oitava Série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.
- NERY JR., Nelson. Coisa julgada e o estado democrático de direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista Forense**, v. 100, n. 375. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Estudos Jurídicos, Santa Catarina. Disponível em < [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos) >. Acesso em: 12.ag.2011.

## O TEMPO DO PROCESSO E O TEMPO DA MEDIAÇÃO

*Fabiana Marion Spengler*

Pós-doutora em Direito pela Università degli studi di Roma Tre, em Roma, na Itália. Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato* e *stricto sensu* da UNISC. Docente da graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, mediadora judicial, advogada.

**Resumo:** O tempo do processo permite que o julgamento desenvolva os seus efeitos jurídicos e sociais. O Direito de um lado, seguindo seus rituais de objetivo a segurança e a certeza jurídica; e pelo outro lado a temporalidade. O tempo do processo e seus rituais se traduzem na expressão “morosidade”. A Emenda Constitucional 45/2004 (EC/45) discute o tempo processual, prevendo uma duração razoável do processo, alcançando uma justiça mais célere. Observando que a aceleração quantitativa nem sempre significa a melhoria qualitativa. O tempo da mediação segue seu ritmo próprio, pois cada mediação é diferente, não somente em tempo. Cada mediação segue seu ritmo próprio. Cabe ao mediador a arte de saber compor com o tempo. A mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os litigantes a encarar os problemas com autonomia, possibilitando o entendimento mútuo e o consenso, com isto reduzindo a dependência de um terceiro (juiz). Nesse contexto será revisada a temporalidade, refletindo sobre a sociedade, o conflito, o processo e a mediação.

**Abstract:** The time of the process allows the trial to develop their legal and social effects. The Law on the one hand, following their ritual purpose security and legal certainty, and the other side temporality. The process time and its rituals are reflected in the phrase “slow”. Constitutional Amendment 45/2004 (EC/45) discusses the procedural time, providing a reasonable duration of process, reaching a quicker justice. Noting that the quantitative acceleration does not always mean better quality. The time for mediation follows its own pace, as each mediation is different, not only in time. Each mediation follows its own pace. It is the mediator to know the art of writing with time. Mediation can organize social relations, assisting litigants to address the problems

independently, enabling mutual understanding and consensus, thus reducing the dependence on a third party (judge). In this context will be reviewed temporality, reflecting on society, conflict and mediation process.

**Palavras-chave:** Tempo do Processo. Tempo da Mediação. Emenda Constitucional 45/2004. Temporalidade. Justiça Social. Mediação

**Keywords:** Process Time. Time Mediation. Constitutional Amendment 45/2004. Temporality. Social Justice. Mediation

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. O tempo e o destempo do processo. 3. A Emenda Constitucional 45 e a razoável duração do processo. 4. O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”

## 1. Considerações iniciais

Na tentativa de definir a temporalidade tal como a conhecemos hoje, poder-se-ia dizer que a palavra “tempo” designa, simbolicamente, a relação que um grupo de seres vivos dotados de uma capacidade biológica de memória e de síntese que se estabelece entre dois ou mais processos, um dos quais é padronizado para servir aos outros como quadro de referência e padrão de medida. Tomando por base tal definição, percebe-se que as relações temporais instituem-se em diversos níveis, de múltiplas complexidades sociais<sup>1</sup>.

Nessa interação encontramos “Tempo e Direito” que se relacionam com a Sociedade, pois não existe tempo fora da história. Esses três elementos não podem ser isolados tratando-se de uma instituição imaginária, na qual o tempo constrói e é construído, institui e é instituído. Sendo o Direito uma instituição temporal, torna-se importante que a norma jurídica implemente um tempo próprio, carregado de sentido instituinte. O tempo do processo poderá dar uma boa aproximação disso, uma vez que se encontra separado da vida real e ligado a prescrições rituais, o que permite que o julgamento desenvolva os seus efeitos jurídicos e sociais.

Por outro lado, observa-se que o tempo instituído socialmente apresenta uma série de características, dentre elas a possibilidade de demarcar espaços de poder, muitas vezes pouco democráticos (como aqueles espaços de poder/sujeição determinados pela máquina no mundo do trabalho). Nesses espaços os conflitos acontecem e são submetidos ao Estado que, para administrá-los, lança mão de regras cuja temporalidade muitas vezes se encontra ultrapassada. Conseqüentemente, adaptar o texto às circunstâncias variáveis submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com

---

<sup>1</sup> ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 39-40.

previsões jurisprudenciais e doutrinárias, todas essas formas de “requestionamento”<sup>2</sup> são perfeitamente legítimas.

Nesse contexto, vislumbra-se a falta de certeza imposta pela mutabilidade de interpretação contemporânea. Na maioria dos casos ela explica a ação desinstituinte dos interesses particulares e a dificuldade de decidir em regimes destroçados pelas forças centrífugas dos *lobbies*.

Observa-se, então, a constituição de dois paradoxos: por um lado, se a instituição do Direito positivado e de todo o seu conjunto de rituais tem por objetivo a segurança e a certeza jurídicas, por outro lado, toda a temporalidade que se absolutiza é virtualmente desinstituinte. Conseqüentemente, nossas representações mundanas são atingidas pela relatividade e as certezas são abaladas. O caos se torna a regra.

Nesse artigo, o que se pretende é discutir o tempo a partir de uma concepção que o determine como algo que seja “a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas”<sup>3</sup>. Utilizar-se-á como fio condutor da discussão (ainda que não o único) a obra de François Ost, especialmente “O tempo do direito”, além de outros autores cuja discussão permeia tais textos ou partilham dos mesmos posicionamentos.

Desse modo, o tempo do processo e seus rituais serão examinados, como tempos contínuos, porém não ordinários, que muitas vezes se traduzem na expressão “morosidade”. Nesse sentido, a Emenda Constitucional brasileira nº 45/2004 (EC/45) será abordada, especialmente no que tange à discussão quanto ao tempo processual, uma vez que prevê a razoável duração do processo, seja no âmbito administrativo ou judicial, como meio de alcançar uma justiça mais célere. A discussão permeia a prestação jurisdicional observando que a aceleração quantitativa nem sempre significa a melhoria qualitativa<sup>4</sup>.

Posteriormente, o “tempo do processo” e o “tempo da mediação” serão discutidos numa perspectiva que considere as práticas diferenciadas de cada um e principalmente o fato de que “cada mediação é diferente e pede não somente tempo, mas um tempo próprio, diferente de uma outra mediação, com seu ritmo próprio. É justamente a arte do

---

<sup>2</sup> Sobre o assunto é importante a leitura de OST, François. O tempo do direito...

<sup>3</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005. p. 800.

<sup>4</sup> É importante ressaltar que a Emenda Constitucional 45 será analisada somente quanto a esse aspecto uma vez que, por possuir um texto vasto e polêmico, uma abordagem mais profunda não seria possível no presente texto dada às limitações de espaço e tempo. Desse modo, abordar-se-á apenas a razoável duração do processo.

mediador de saber compor com o tempo, de fazer com que a mediação tenha êxito graças ao tempo<sup>5</sup>”.

Possuidora de uma cadência temporal própria, colocando-se “entre” as partes e agindo como instrumento de justiça social, a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso.

Então, sociedade, conflito, processo e mediação serão temporalidades/categorias revisitadas nesse contexto, uma vez que se identificam com a substância originária do Direito e com a substância íntima do homem. Levando em consideração que “sem a temporalidade, o direito careceria de significado<sup>6</sup>”, esse é, pois, o artigo que agora se apresenta.

## 2. O tempo e o destempo do processo

Para discutir as relações entre o tempo e o processo, é necessário recordar que o tempo do processo não é um tempo ordinário. Da mesma forma que o espaço judiciário reconstrói, por oposição ao abandono da sociedade, um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano. O primeiro insinua-se neste como uma ação temporária que, dada a sua ordem e a sua regularidade, compensa as lacunas do tempo profano que se ritualiza para tornar-se processual<sup>7</sup>.

Antes mesmo de existirem leis, juízes e palácios de justiça, havia um ritual. Esse ritual poderia ser religioso ou pagão, mas era consenso entre seus praticantes e seguidores<sup>8</sup>. Nestes termos, o que é um processo? Ele é, inicialmente, um ritual e justamente por isso carrega consigo um repertório de palavras, gestos, fórmulas, discursos, de tempos e locais consagrados, destinados justamente a acolher o conflito. Primitivamente, a autoridade não era necessariamente um juiz, poderia ser o sacerdote ou o líder de um povo, mas de uma coisa não se abria mão: era necessário um código,

---

<sup>5</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 148.

<sup>6</sup> CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavallo, 1952. p. 188.

<sup>7</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 53.

<sup>8</sup> Rito è termine che viene dall'esperienza religiosa e che ha finito per far parte del lessico fondamentale dell'antropologia. Indica l'insieme di pratiche linguistiche che trasferiscono nel campo della prevedibilità un mondo variegato di simboli, aspettative, esperienze che generano l'angoscia dell'incertezza. Si parla così di rito di iniziazione, di rito di passaggio, di rito di fondazione, di rito liturgico; qualcuno azzarda che la sua origine sia da riportare ad un dire e ad un avanzare. Il rito ripete, replica e si ripete: trasmette memoria di un'esperienza e regola le attese del nuovo; non ci si può interrogare sul perché né tanto meno sulla verità o falsità di un rito. (RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <[www.jus.unitn.it/cardoza/review/Halfbaked/Resta.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Halfbaked/Resta.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2006).

uma fórmula (escrita ou não) de tratar o conflito, consensuada entre todos os integrantes do grupo, ou seja, institucionalizada por eles<sup>9</sup>.

Essa forma era o ritual, o código. Não é por acaso que ainda usamos a palavra rito para definir o procedimento judicial (rito ordinário, sumário...). O uso do termo rito não é um mero acaso, uma vez que se trata de uma prática social que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza<sup>10</sup>, condimento da angústia do não previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social. Assim, o processo é construído em torno da lógica ritual, não substituível por nenhuma outra linguagem, exclusivamente em função de uma coação a decidir<sup>11</sup>. Assim, não todas as provas, mas também aquelas tecnologicamente mais relevantes poderiam ser admitidas, e nem todos os tempos seriam consentidos, senão dentro do código lingüístico regulado pelo Direito<sup>12</sup>.

Desse modo, integrado nessas marcas rituais do tempo, o processo desenrola-se de uma assentada: representa-se até ao fim. Durante o período em que se desenvolve, apresenta avanços e recuos, peripécias, uma alternância de esperança e de pessimismo e, quando o fim se aproxima, a tensão. O processo é uma revolução completa. É por isso que se pode afirmar que a temporalidade processual não encontra possibilidade de reprodução. Tudo isso se deve, efetivamente, ao princípio da autoridade da coisa julgada que proíbe que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um mesmo caso previamente julgado por ela. Não reproduzível, o tempo do processo é, pois, e de igual modo, um tempo único<sup>13</sup>.

É possível afirmar que o tempo do processo não resulta, entretanto, unicamente das regras processuais, pois o processo deve regular um litígio. Assim, a matéria litigiosa impõe o ritmo dos procedimentos. Seu estudo mostrou que o tempo é evolutivo e não se reduz ao momento da demanda na justiça. A matéria litigiosa é uma matéria viva que não pode se solidificar no início do processo. O procedimento deve, assim,

---

<sup>9</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 25.

<sup>10</sup> Jerome Frank trabalha com a incerteza do direito focando a produção probatória como um dos fatores de angústia dos juristas. Tal produção probatória também oferece um ritual, desde a apreciação dos fatos e de suas provas, até a sentença. É nesse sentido que salienta o erro principal: “concluyen que la certidumbre jurídica debe ser medida por la bastante fácil predecibilidad de la sentencias del tribunal superior en los numerosos pleitos usuales, no excepcionales, llamados a ser resueltos por normas jurídicas bien establecidas y precisas.” (FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986. p. 83).

<sup>11</sup> Ma la storia del processo è tutta consegnata a questo filo conduttore che ci conduce, in occidente, lungo i diversi sistemi e le diverse epoche, verso questo punto: il processo giudiziario è “rito” fondato su regole sue proprie, dotato di autonomia e differenza dalla materia che deve accertare e che tende a differenziarsi dall’arbitrio del decisore o dalla pericolosa irrazionalità della punizione di una comunità (Ibidem).

<sup>12</sup> RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005. p. 169.

<sup>13</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 58-59.

integrar as evoluções do litígio que resultam da atividade das partes, do juiz ou, ainda, de uma mudança de legislação<sup>14</sup>.

Portanto, o processo do qual tanto se fala e sobre o qual tanto se litiga, não pode ser considerado outra coisa senão um lugar, único, onde se realizam duas exigências diferentes: a primeira é a busca pela verdade em uma história que uma lei prevê como delito/ilícito; a segunda é a garantia que o acusado/requerido possa se defender da acusação que lhe é feita. Ambas existem uma em função da outra, e não uma contra a outra, e juntas, entre elas, se constitui o critério fundamental de legitimação da jurisdição<sup>15</sup>.

Por fim, o tempo do processo é um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim. Vive-se até o fim. Além disso, avista-se a temporalidade processual como um procedimento ordenado de modo que cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece há seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário. Todo juiz dá uma certa liberdade para adequar essa ordem às especificidades do processo, prerrogativa que não é atribuída às partes, por exemplo. Ainda, observa-se que o tempo é muito mais “longo” para as partes (especialmente o acusado) do que para os profissionais da justiça. Muitas vezes, ele (o acusado) esperou longamente para que o tempo “passasse”<sup>16</sup>.

À exceção dos casos flagrantes, o processo não decorre em tempo real, nele o tempo é recriado<sup>17</sup>. A vida social não pode ser reparada aos bocados, ela pede para ser regenerada: é esse o sentido do tempo judiciário. Essa recriação da ordem social não consiste numa simples representação e, nesse contexto, o ritual permite também que a sociedade *participe* nessa criação. Aquilo que se representa é um *drama*, ou seja, uma ação, algo que se está para fazer, algo que se faz, algo sobre o qual é possível agir. Observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna. Integra o passado num presente eterno. Contra a corrupção do

---

<sup>14</sup> Le temps du procès ne résulte cependant pas uniquement de règles processuelles. Le procès doit régler un litige. La matière litigieuse impose le rythme des procédures. Son étude a montré que le temps est évolutif et ne se réduit pas à l’instant de la demande en justice. La matière litigieuse est une matière vivante qui ne peut se figer au début du procès. La procédure doit donc intégrer les évolutions du litige qui résultent de l’activité des parties, du juge ou encore d’un changement de législation (AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002. p. 511-512).

<sup>15</sup> RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: [www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm). Acesso em: 01 nov. 2006.

<sup>16</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 61-62.

<sup>17</sup> Il “metodo giudiziario” si basa sul non precipitare il giudizio, anzi al contrario sul consapevole e voluto differimento della sua pronuncia all’esito del processo. Lo stesso principio del contraddittorio richiede di prender tempo per la decisione. Il giudice, prima di giudicare (in modo non meramente interlocutorio; cioè prima di emettere la sentenza), deve rimanere in posizione di ascolto (MARINELLI, op. cit., p. 308-309).

tempo, o Direito afirma a sua inesgotável capacidade de auto-regeneração, de sublimação do caráter finito da História. Portanto, luta contra o abandono trazendo a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir sem ser afetado pelo tempo. É o “não-tempo” do Direito<sup>18</sup>.

No entanto, a elaboração simbólica do processo é hoje alvo de ataques e críticas. Na maioria das vezes, acusa-se a justiça de ser demasiado lenta e para muitos o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Desse modo, a justiça, que se flexibiliza e desformaliza, é solicitada com mais frequência.

### **3. A Emenda Constitucional 45 e a razoável duração do processo**

Na ânsia de dar respostas céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda Constitucional 45 (EC/45), cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações necessárias para implementar uma efetividade quantitativa junto ao sistema judiciário nacional.

Na verdade, a EC/45 é apenas uma das tentativas (não a primeira e, com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões através da celeridade processual.

Ainda despertando dúvidas quanto aos resultados que produzirá, a Reforma do Judiciário determina alterações em uma parte considerável do texto constitucional. É cedo para precisar se os resultados serão significativos, especialmente em face da polêmica introduzida por alguns dispositivos. De fato, ela é uma tentativa de fortalecer e modernizar a prestação jurisdicional brasileira que sabidamente tem acontecido de forma acanhada em termos quantitativos e principalmente qualitativos. É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais.

Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada. Porém, como já asseverado anteriormente, a EC/45 traz uma série de polêmicas, muitas das quais objetos de ampla discussão (anterior e posteriormente à sua entrada em vigor).

---

<sup>18</sup> GARAPON, op. cit., p. 68-69.

Pode-se mencionar, especialmente, a inclusão do inciso LXXVIII<sup>19</sup> no art. 5º do texto constitucional, que repercute em temas já bastante discutidos como “acesso à justiça”<sup>20</sup> e “cidadania”.

Porém, não se pode perder de vista que, antes mesmo na inserção do inciso referido ao art. 5º da CF pela EC/45, já se encontrava a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva no inciso LXXXV<sup>21</sup>, o que possibilita o acesso à justiça e, numa interpretação extensiva, a uma justiça adequada e tempestiva. Aliás, as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária<sup>22</sup>. Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo.

O inciso LXXVIII no art. 5º determina uma garantia constitucional que deve ser executada desde logo, sem o risco de esperar por ações legislativas posteriores que lhe

---

<sup>19</sup> Art. 5º ...

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>20</sup> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 11-12).

<sup>21</sup> LXXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>22</sup> As relações temporais/processuais precisam ser analisadas levando em consideração que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido, nesta perspectiva, é utilizado como instrumento de certeza, na medida que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. Já o tempo da economia globalizada é o tempo real, isto é, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver intrincados mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte assim numa das condições básicas para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e aos desequilíbrios dos mercados, o que leva a um processo decisório orientado pelo sentido da vigência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e altamente especializadas” (FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 35).

venham a dar carga eficaz. O dispositivo em comento guarda especial importância em quatro aspectos: (1) torna obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável<sup>23</sup>; (2) estabelece, ainda que de forma indireta, que prazo razoável é o prazo legal; (3) traz também a exigência de meios que garantam a celeridade processual; (4) por fim, introduz um conjunto de determinações relativas à organização do Poder Judiciário que, se implementadas de forma adequada, podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional<sup>24</sup>.

Todavia, resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: “a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo<sup>25</sup>”. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil hoje se encontra muito acima do legal e do razoável<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), a qual o Brasil aderiu em 26.5.1992, realizando sua ratificação em 25.9.1992 e sua promulgação em 9.11.1992 (Dec. 678), dispõe expressamente em seu artigo 8º, item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. É possível afirmar, então, que a determinação de que o processo possua duração razoável e que sejam garantidos meios de celeridade na sua tramitação não é, propriamente, uma novidade no cenário brasileiro. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi observada quanto a esse dispositivo.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário*. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 288.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>26</sup> Serve como exemplo da morosidade judiciária brasileira a recente notícia sobre a demora na tramitação de um processo que, inacreditavelmente, tramita ao longo de 70 anos. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (nº 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão. Com a demora no tramitar do feito, as consequências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. Situação pior aconteceu em Rio Grande, onde os autos do processo do inventário do comendador Domingos Faustino Correa serão doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário do Brasil. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do “ouro” alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de “herdeiros” se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois, o processo teve sentença (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - [123@espacovital.com.br](mailto:123@espacovital.com.br)).

Nesse mesmo sentido, discutindo a delimitação da expressão “prazo razoável”, percebe-se que o seu sentido deve ser “preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável”<sup>27</sup>. Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente adequado dos litígios.

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão<sup>28</sup>. É por isso que não basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdictio”<sup>29</sup>. Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revistos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

---

<sup>27</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

<sup>28</sup> Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).

<sup>29</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 423.

Conseqüentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária, etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional<sup>30</sup>.

#### 4. O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”

Parece dispiciendo apontar as diferenças entre a sistemática processual proposta pelo modelo tradicional de jurisdição e aquela das práticas de Alternative Dispute Resolution (ADR), especialmente observadas na mediação. No entanto, algumas devem ser analisadas com especial atenção. Essas características diferenciadoras dizem respeito, dentre outras, à linguagem utilizada pelo mediador, à busca pela verdade e à discussão do tempo enquanto recurso de satisfação da tutela jurisdicional (processualmente falando) e de busca da paz social (quando sua utilização se dá através da mediação).

Nesse sentido, o primeiro pressuposto que se deve levar em consideração é o fato de que o campo da mediação coexiste em separado ao campo do juízo<sup>31</sup>, objetivando que entre ambos haja autonomia<sup>32</sup>. Porém, essa autonomia é relativa e não absoluta: de fato, por um lado é necessário que os sistemas de justiça e de mediação “conversem”, tendo em vista que não são mundos completamente desconexos entre si, mas, por outro lado, é importante que cada um fale a sua linguagem<sup>33</sup>. Falar a sua linguagem significa ter em mente que ao juiz cabe exercitar o poder de “decidir”<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

<sup>31</sup> O campo do juízo ou “campo judicial”, segundo Pierre Bourdieu, é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate judicialmente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que tem em comum o conhecer e reconhecer as regras do jogo jurídico, ou seja, as leis escritas e não escritas (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 229).

<sup>32</sup> “Questo vale, innanzitutto, fisicamente, in quanto il servizio di mediazione deve essere collocato in un luogo separato dalla sede del Tribunale; ma vale, più in generale, nel senso che tra giustizia e mediazione bisogna che ci sia autonomia.” (RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno, p. 96).

<sup>33</sup> Reside aqui, segundo Marco Bouchard e Giovanni Mierolo, a chamada “ambivalência da mediação” que resulta da exigência do Sistema Judiciário se tornar mais flexível, recuperando um contexto colateral de informalidade das relações humanas e da sua real consistência emotiva. Nessa perspectiva, o Sistema Judiciário propõe a recuperação do consenso dos interessados ao estabelecer o seu destino processual (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 197).

<sup>34</sup> Por isso, adverte Eligio Resta, é necessário que o juiz seja menos arrogante e decida os conflitos com uma certa prudência (RESTA, op. cit., p. 98).

De fato, transformar conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre conflitantes iguais está inscrito na própria existência de um grupo juridicamente “especializado”, dentre os quais se pode citar o juiz, o perito, o advogado e o promotor. Este grupo especializado se encarrega de organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos conflitos, substituindo a visão vulgar dos fatos por uma visão científica<sup>35</sup> e dando-lhes tratamento socialmente reconhecido como imparcial e legítimo, uma vez definido segundo regras formais e coerentes. Assim, a representação que descreve um tribunal como um espaço separado e delimitado em que o conflito se converte em diálogo de peritos e o processo, como um procedimento ordenado com vistas à verdade, é uma boa evocação de uma das dimensões do efeito simbólico<sup>36</sup> do ato jurídico como aplicação prática, livre e racional de uma norma universal e cientificamente fundamentada.

Enquanto procedimento que busca a verdade dos fatos, o processo não oferece uma comunicação bilateral uma vez que as relações processuais são todas indiretas, veiculadas à representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado de poder de decisão. O processo pesquisa, sempre com detalhamento, as formas mais neutras na aquisição da consciência do fato, desconfiando, de modo muito acentuado, da potencial parcialidade de todos os sujeitos que participam de sua reconstrução histórica. O juiz deve garantir a absoluta serenidade valorativa que coincide com a inexistência de pré-juízos, de modo que qualquer valoração que tenha expresso antes de assumir as vestes de julgador o expõe a uma contaminação irremediável. Conseqüentemente, o processo tende a perder a conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático, e formalista<sup>37</sup>. Porém, a linguagem do juiz, traduzida no processo, é aquela de quem deve decidir quando o conflito não pode ser sanado de outro modo.

---

<sup>35</sup> “O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar um ‘justiciável’, quer dizer, um cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc, nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões de mundo” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 226).

<sup>36</sup> Sobre o simbolismo do Direito, meio através do qual ele transmite o seu poder, Norbert Rouland escreve: “o Direito não chega até a solicitar as cores para tornar-se mais imperativo? Preta é a roupa dos magistrados e dos auxiliares de justiça, escura a das forças de polícia. Cores que fazem eco ao uniforme do árbitro e à batina do padre. Todas essas personagens estão aí para lembrar a regra e, se preciso, forçar a sua observação. O fúnebre não está longe. Mas também o vermelho, a cor de que gosta o poder (pensemos nos púrpuras imperial e cardinalício, nos diversos tapetes vermelhos): os magistrados das altas jurisdições se revestem dele; ele colore a capa da maior parte dos códigos franceses; deu seu nome aos sinais de trânsito que prescrevem parar. Ora, a história das cores mostra que o vermelho foi a cor utilizada mais antigamente pelos homens. [...] Cor suprema, em geral símbolo do combate, evoca também a ameaça da pena, que pode suprimir a vida. O direito se impõe até à nossa rotina (ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia Jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2003. p. 6-7).

<sup>37</sup> BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 196-197.

Isso se dá porque nem todas as relações são mediáveis<sup>38</sup>. Onde os termos pertencem a planos diversos e falta um espaço físico e geométrico comum, faltará, também, a possibilidade de relação: conseqüentemente, é impossível alcançar a mediação<sup>39</sup>. As relações nascidas nesse/desse espaço comum entre os conflitantes é a diferença característica entre o procedimento de mediação e o processo judiciário uma vez que “lo scambio (il contraddittorio) non si sviluppa tra le ‘parti del processo’ ma tra le ‘parti del fatto’<sup>40</sup>”. Significa que, enquanto no processo as partes reagem conforme o papel que lhes foi determinado pelo código ritual do judiciário<sup>41</sup>, no curso da mediação elas participam de uma experiência relacional que as toma como protagonistas diretos e não representados por um advogado. Essa postura proposta pela mediação oferece aos indivíduos um espaço para diferenciar-se através do procedimento de construção e reconstrução de regras e de contextos, sobretudo através de procedimentos de responsabilização<sup>42</sup>.

De fato, o espaço da *mediação* está, antes de tudo, *no meio*, entre dois extremos. Coincide com sua relação e com sua existência. Compartilham as distâncias e os avizinhamentos. Antes de ser “meio” era, no mundo antigo, *mesotes*: espaço e virtude ao mesmo tempo. Era um estar no meio e, então, um assumir o problema, não distante de recusar o *ideos* (do qual *idiota*), que fecha os indivíduos no egoísmo vulgar do seu ponto de vista *privado*; privado justamente no sentido de carente de alguma coisa. Indica, sobretudo, um espaço comum, participativo, que pertence também aos extremos entre os quais se define, mesmo os mais antagônicos e conflitantes; virtude distante da abstração de um *terzieta*<sup>43</sup> e de uma imparcialidade somente imaginárias<sup>44</sup>.

A tão aclamada imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração que o conflito é, normalmente, a conseqüência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nesses termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes. Assim, se o mediador se arroga poderes de reequilibrar as desigualdades, de reforçar as posições mais frágeis, de conter e redimensionar as pretensões do mais forte, “o requisito da imparcialidade se dissolve no reconhecimento de uma autoridade discricional, *se non di un vero e proprio arbitrio*”<sup>45</sup>. O risco talvez seja a degeneração

---

<sup>38</sup> Nesse sentido já argumentava Eligio Resta: “può mediare chi può mediare e si può mediare tutto quello che si può mediare”. (RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 91).

<sup>39</sup> MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, 1999. n. 4. p. 708.

<sup>40</sup> BOUCHARD; MIEROLO, op. cit., p. 196.

<sup>41</sup> Vide GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

<sup>42</sup> CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997. p. 95.

<sup>43</sup> Em italiano, “terzieta” significa a qualidade de ser o terceiro, isto é, imparcial.

<sup>44</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 88-89.

<sup>45</sup> BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 213.

da função de mediador quando exercida por pessoa pouco capacitada que desenvolva sua função com prevaricação. No entanto, o verdadeiro antídoto reside no princípio do consenso que liga o mediador às partes e, na falta de atributos jurídicos, se legitima por aqueles que lhes vêm reconhecidos pelas próprias partes.

Essa imparcialidade imaginária acontece quando se esquece que o mediador possui um papel que é estar no meio, compartilhar, e até mesmo “*sporcarsi le mani*”<sup>46</sup>. São muito comuns as repetições de que o mediador é imparcial na relação com as partes e é neutro no desenvolvimento da mediação. Com isso, ele se confunde com o juiz, mas sem os seus poderes e as suas prerrogativas; tornando-se um mínimo e, ainda mais, de formato reduzido. É um erro freqüente e quase ritual que faz perder o sentido real da mediação, que é totalmente oposta a esta invocação da qualidade de ser terceiro: o mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, *super partes*, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado para reativar a capacidade comunicativa. Um mediador que faz os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e perde a sua identidade. A mediação é outra; é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e equidistante<sup>47</sup> no qual resida a grande utopia do moderno, que é ter a qualidade de terceiro<sup>48</sup>.

Assim, enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o “*nec utrum, nem um, nem outro, nem isto nem aquilo*”, justamente neutro, o mediador deve ser “*isto e aquilo*”, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim<sup>49</sup>. Enquanto as partes litigam e só vêem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomendar daqui, atuando com o objetivo das partes retomarem a *comunicação*, exatamente o *múnus* comum a ambas. O mediador torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar *entre* os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu *meio*<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Em português, “sujar as mãos”. Eligio Resta não admite a atribuição de uma postura neutra e imparcial ao mediador que o coloque na mesma posição do magistrado, reiterando que, para mediar é preciso estar no “meio do conflito” e não “sobre ele”, “sujando as mãos” (RESTA, op. cit., p. 89 et seq.).

<sup>47</sup> Por isso, a “equidistância” atribuída à figura do mediador deve ser vista como uma característica que envolve imparcialidade, neutralidade e inexistência de poder, levando em consideração, porém, que “il mediatore non può essere assolutamente asettico, in quanto la sua presenza non è passiva, ma egli svolge un ruolo attivo dando il proprio aiuto affinché le parti giungano al riconoscimento di obiettivi comuni” (PELLEGRINI, Stefania. *Il processo civile e la civile giustizia*. Padova: CEDAM, 2005. p. 93).

<sup>48</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternal*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 89.

<sup>49</sup> “Ancora una volta la distanza tra il mediatore e il giudice sta tutta nella differenza che intercorre tra la separazione e il legame. Il giudice separa mentre il mediatore fallisce il giudice recupera appieno – di fronte alla persistenza del conflitto – la sua funzione di risolutore delle controversie. I questa prospettiva, il giudice no pregiudica i diritti e gli interessi con una preposizione ma è destinato a pregiudicare almeno quelli accampati da una delle parti. Il mediatore soccorre il legame, riequilibra il rapporto che vive sullo sfondo del conflitto ma non pregiudica né pregiudica, né interessi né diritti” (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 214).

<sup>50</sup> RESTA, op. cit., p. 90.

Todavia, não obstante o mediador e o juiz possuam papéis diferenciados, não obstante o processo judicial e o procedimento de mediação portarem características e rituais diversos e autônomos, não se pode ignorar que processo e mediação se combinam em uma relação complexa de formalidade/informalidade que não permite apresentar a mediação como uma simples alternativa à justiça tradicional, nem também como um procedimento que reivindica uma total autonomia, mas como um lugar de exercício da interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social. Assim, a mediação, longe de fazer concorrência ao processo judiciário, contribui para salvar o Direito<sup>51</sup>.

A ritualidade diferenciada entre a mediação e o processo se dá principalmente em duas linhas: a primeira diz respeito ao fato de que o processo sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor<sup>52</sup>. Num segundo momento, a ritualidade do processo tem por objetivo (além de dizer quem ganha e quem perde a demanda) investigar a “verdade real dos fatos”, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador.

Nesse sentido, o processo, enquanto busca da verdade, produz/reproduz a violência<sup>53</sup>. A verdade não pode ser imposta por uma decisão, tampouco pode ser descoberta pela violência<sup>54</sup>. A procura da verdade, nos termos que a ciência mecanicista coloca, é por si mesma violenta, tornando-se uma forma de manipulação do mundo e dos outros. E não importa que tentemos distinguir entre verdade como correspondência fática e verdade como interpretação, ambas são manipuladas. Ninguém sabe o que vai acontecer. Ninguém pode prever o real, ele é imprevisível. As verdades, como momentos previsíveis do saber da ciência, são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares de medo; e com as quais pretendemos dotar de sentido o sem sentido da existência<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> GARAPON, Antoine. Droit, médiation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22. 1992. p. 47.

<sup>52</sup> O quinto capítulo discute a cultura do conflito e a lógica vencedor/perdedor expostos no procedimento judicial.

<sup>53</sup> Nestes termos, Clastres afirma que o Estado impede a guerra, mas, paradoxalmente, a guerra impede o Estado. Como? A guerra permite a cada comunidade continuar unida em torno de seus valores e prevenir o processo fatal de divisão social. O Estado, ao contrário é o produtor dessa divisão social que conduz à especialização do poder político que ele maximiza. Assim, é lógico que o Estado seja contra a guerra, tornando-se um falso pacificador: extingue uma violência dirigida para o exterior pela guerra em proveito de uma outra, interna, que põe em movimento as engrenagens da dominação e da exploração no interior das sociedades (CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980. p. 171-207, *passim*).

<sup>54</sup> Aqui se faz menção ao monopólio da coerção assumido pelo Estado que, na tentativa de extirpar a vingança através da institucionalização do poder, disciplina a violência mediante a sua racionalização, conforme definição de Max Weber referida no quinto capítulo.

<sup>55</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 17-18.

À discussão sobre a verdade, Elígio Resta associa um outro fator determinante: o tempo<sup>56</sup>, salientando que se alcança a verdade processual “per stanchezza<sup>57</sup>”. Explica sua afirmação dizendo que, com a passagem dos dias (muitas vezes vãos) e em função da pressa com a qual estamos habituados a viver, o tempo se torna um recurso escasso se comparado com a exigência necessária para a pesquisa que a verdade exigiria. Nestes termos, afirma o autor que não é a verdade que define e condiciona o tempo, mas o tempo que define a verdade. Alcançamos, assim, a verdade por inflação de tempo ou, ao contrário, por uma irredutível escassez. As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se junte as provas e as demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”<sup>58</sup>.

Diverso do processo e do seu tempo<sup>59</sup> (cuja expectativa é alcançar a verdade), a mediação é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade. “O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade, que me reconstitui como singularidade em devir”. Do tempo “do devir fazer da singularidade, do tempo que aproxima os conflitantes do que realmente sentem, conduzindo-os rumo ao centro recalcado dos próprios afetos”<sup>60</sup>.

No espaço informal da mediação, a memória e os sentimentos dos conflitantes não se encontram bloqueados. O espaço mediativo não tem por objetivo reconstruir uma verdade, pois se reconstituem várias verdades possíveis. Assim, elas se modificam à medida que os atores se exprimem: as verdades se acomodam, se ajustam. De fato, na mediação, o objetivo não pode ser a verdade, uma vez que as verdades podem ser diversas. Uma mediação alcançada não traduz um acordo sobre a verdade efetivamente correspondente à exata dinâmica dos fatos. Em outros termos, o importante é que as partes concentrem-se sobre uma reconstrução dos fatos que as satisfaça. Este é o ponto central: não está dito que devam reconstruir exatamente a verdade, o importante é que tenham reconstruído a verdade que as contente, momentaneamente, provisoriamente, no tempo de um aperto de mão. Não se reconstroem amizades em uma sala de mediação,

---

<sup>56</sup> O tempo foi objeto de discussão no quarto capítulo, de modo que aqui somente será utilizado como conceito paralelo capaz de demonstrar uma das diferenças entre o procedimento de mediação e o processo jurisdicional.

<sup>57</sup> “Por cansaço”.

<sup>58</sup> RESTA, Elígio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004. p. 33.

<sup>59</sup> Nesses termos, Garapon diferencia o tempo processual e o tempo da arbitragem “pelo facto de pressupor a intervenção soberana da cidade. Essa soberania manifesta-se mediante a criação, graças à intercessão do símbolo, de um tempo não linear, de um tempo extraordinário próximo da criação, oposto ao tempo ordinário, que aproxima implacavelmente os homens da sua morte. Tal como qualquer ritual, o processo inverte o curso do tempo. Luta assim contra a finitude devido à sua capacidade para produzir um tempo original, isto é, um tempo que ainda não foi esbatido pelos anos, um tempo indeterminado. O tempo original é o tempo da criação”. (GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 63).

<sup>60</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 30-31.

os mediadores não são os dramaturgos do conflito. Porém, podem oferecer uma contribuição importante para uma comunicação temporal melhorada<sup>61</sup>.

Aqui se pode entabular as diferenças entre o “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”. O primeiro é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre de um outro juiz, que faz parte da lógica paradoxal da dupla ligação que deseja sempre a palavra definitiva, mas que permanece na espera de controles posteriores<sup>62</sup>. É o tempo da necessidade, uma vez que, na realidade, já aconteceu tudo, tornando-se prioridade, nesse momento, evitar o pior. Já na mediação se trabalha com a necessidade de encontrar um outro tempo, já que a temporalidade conflitiva precisa do exercício de prudência e de paciência nos quais não se decide o tempo do alto, mas da possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado.

É por isso que não se admite tempo fixado para a mediação<sup>63</sup>. Quem poderá dizer qual é o tempo necessário para (re)estabelecer a comunicação? Aliás, qual é exatamente o tempo da mediação? “Onde se coloca a possibilidade, para as duas partes, de uma tomada de consciência lenta, progressiva, carnal, se podemos dizer, do conjunto de seu problema?” Sem essa consciência, não se tem mais do que um caso abstrato a resolver sem nenhum processo de responsabilização pessoal daqueles que estão presentes. E vai-se reduzir os mediadores a ser como certos médicos que devem “agir no ato”? Pode-se compreender, então, que isto é estritamente contraditório com a verdadeira mediação. Nestes termos, para aqueles que afirmam: “a lentidão atual da justiça é inacreditável”, nasce o remédio milagroso: a mediação. Urgência, urgência! O termo “urgência” “ganha hoje o conjunto do campo social”, e os problemas de fundo perdem-se na urgência<sup>64</sup>.

Assim, o tempo se torna uma metáfora na qual vêm envolvidas muitas coisas, dentre elas, e sobretudo, a identidade das pessoas. Esse tempo se mistura sob uma alternativa, que é decisiva, entre a realidade e a possibilidade<sup>65</sup>. Em função do rito, o processo introduz um corte cerimonial no tempo. De fato, todo ritual é um ato de instituição. Cada processo – tal como qualquer rito de instituição – investe um ator social num novo papel positivo ou negativo e redefine estatutos, perfilando um papel a que são inerentes obrigações e direitos. Posto isto, percebe-se melhor a alquimia pela qual o ritual transforma a linha – necessariamente arbitrária – demarcada pelo Direito

---

<sup>61</sup> BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 226.

<sup>62</sup> Nesse sentido, ver ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

<sup>63</sup> No entanto, os projetos de lei sobre mediação que tramitam no Brasil prevêem um prazo de 60 dias para a realização da mediação prévia e o mesmo prazo para que o requerido retome o processo judicial no caso da mediação ocorrer no curso do mesmo.

<sup>64</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 149 et seq.

<sup>65</sup> RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno. p. 101.

em separação tida como justa pelo grupo social. A legitimidade, que tanta preocupação gera nos tempos que correm, deve preocupar-se primeiro com essa base ritual. Ao assinalar, por força de um rito de instituição, um *antes* e um *depois*, o ritual judiciário estabelece um marco essencial. Esse marco, esse rito judiciário, associado ao Direito organizam o mundo. O Direito multiplica a realidade, atribuindo-lhe categorias, nomeando coisas e seres, objetivando agir sobre eles. “Substitui o caráter informe da vida pela coerência da sua linguagem actuante, que depura a realidade das suas contradições e da sua opacidade, de forma a ordená-la segundo categorias simples e operacionais”. Os bens são móveis ou imóveis; as ações judiciais são patrimoniais ou extrapatrimoniais, as sentenças são declarativas, constitutivas, as partes são dividas em autor e réu, e assim por diante. O ritual judiciário, o “tempo da jurisdição”, separa um interior de um exterior, um “antes” de um “depois”, a intenção do ato, o desejo da vontade manifesta, os fatos sociais da cientificidade do veredito<sup>66</sup>.

À mediação não cabe efetuar cortes temporais ou buscar verdades “reais” e únicas. Desenvolve seu papel no sentido tão somente de pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem, necessariamente (ainda que possível), a intervenção de terceiros (como os advogados) no tratamento do conflito. Por conseguinte, a mediação trabalha com um novo paradigma no qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação. Essa comunicação se define, então, mediante procedimentos verbais e não-verbais de fluxo constante que permitem conhecer, reconhecer e estimular formas de operar através das quais as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar suas realidades sociais.

### Referências Bibliográficas:

- AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavallo, 1952.

---

<sup>66</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 70-71.

- CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997.
- CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980.
- ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GARAPON, Antoine. Droit, mediation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22. 1992.
- MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, 1999. n. 4.
- PELLEGRINI, Stefania. *Il processo civile e la civile giustizia*. Padova: CEDAM, 2005.
- RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno.
- RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.
- RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternal*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005.
- RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: [www.jus.unitn.it/cardoza/review/Halfbaked/Resta.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Halfbaked/Resta.htm). Acesso em: 01 nov. 2006.
- ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário*. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia Jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

## **ANÁLISE DA MINUTA PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI PARA ALTERAÇÃO DA DISCIPLINA DAS AÇÕES COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR<sup>1</sup>**

*Felippe Borring Rocha*

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito. Professor de cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95* e *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios*. Membro do IAB e do IBDP e do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris.

**Resumo:** O objetivo do texto é apresentar para a comunidade jurídica a minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e analisar seus dispositivos. São feitas algumas sugestões para aprimoramento do texto.

**Abstract:** The aim of this paper is to present to the legal community the bill of law to reform the procedures of the class actions in the Brazilian Consumer Protection Code and to analyze their topics. Some suggestions to improve the text are presented.

**Palavras-chave:** Anteprojeto de lei. Senado Federal. Brasil. Reforma Código de Defesa do Consumidor.

**Keywords:** Bill of law. Federal Senate. Brazil. Consumer Protection's Code Reform.

**Sumário:** 1. Introdução; 1.1. A importância da reforma; 1.2. A divisão do trabalho da Comissão de Juristas; 1.3. Delimitação do presente estudo; 2. A tutela dos direitos e interesses transindividuais (art. 81); 2.1. Nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º); 2.2. Definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 3º); 2.3. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas

---

<sup>1</sup>Texto extraído da palestra originalmente apresentada durante o **IV Seminário de Direito do Consumidor**, realizado no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMRJ, no dia 9 de setembro de 2011.

(art. 81, § 3º); 2.4. A imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º) a interrupção da prescrição (art. 90-D); 3. Inclusão expressa da defensoria pública no rol de legitimados para propor ações coletivas de consumo (art. 82); 4. As regras procedimentais das ações coletivas de consumo (Capítulo I-A); 4.1. Inclusão de um capítulo dedicado ao procedimento das ações coletivas de consumo (art. 90-A); 4.2. Adaptabilidade do procedimento (art. 90-A); 4.3. Análise da existência de ações coletivas sobre o mesmo tema em curso no cadastro nacional de processos coletivos (art. 90-A); 4.4. Requisição de documentos para instruir a petição inicial (art. 90-B); 4.5. Fixação do valor da causa (art. 90-C); 4.6. Fungibilidade do procedimento (art. 90-E); 4.7. Fase de conciliação (art. 90-F); 4.8. O prazo da resposta do réu (art. 90-G); 4.9. Fase de saneamento e de instrução probatória – audiência ordinatória (art. 90-H); 4.10. A inversão do ônus da prova (art. 90-H, VI e art. 90-L, caput); 4.11. A audiência de instrução e julgamento e a teoria causa madura (art. 90-I); 4.12. A prova pericial e o perito (art. 90-J); 4.13. O poder judicial para determinação *ex officio* de medidas de reconstituição de bens lesados (art. 90-L, parágrafo); 5. Avaliação neutra de terceiro; 6. Os efeitos dos recursos (art. 90-N); 7. O fiscalizador da liquidação e da execução coletiva (art. 90-O); 8. A possibilidade de realização da audiência de conciliação a qualquer tempo (art. 90-P); 9. A possibilidade de realização de audiências pública (art. 90-Q); 10. Conclusões; 11. Referências bibliográficas.

## **1. Introdução**

### **1.1. A importância da reforma**

Em julho de 2010, o Senado Federal instituiu, por meio do Ato nº 308/10, uma Comissão de Juristas especialmente reunida para elaborar um anteprojeto para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Atualmente, a Comissão é composta por Antônio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral dos Trabalhos), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Kazuo Watanabe e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Antes de aprofundar o estudo de seus dispositivos, entretanto, parece ser pertinente tratar de um tema que tem sido recorrente, cada vez que se inicia um processo de reforma legislativa de um código no Brasil: a discussão sobre a necessidade de tal medida.

Tem crescido, especialmente entre os doutrinadores ligados às escolas pós-constitucionalistas, um sentimento de que os problemas jurídicos devem ser resolvidos não pela ótima positivista e casuística da reforma dos códigos, mas pelo trabalho conjunto e diário dos instrumentos hermenêuticos. Os juristas refratários às reformas acrescentam, ainda, questões relativas à estabilidade e simetria das normas e à falta de

integração dos dispositivos reformados com o sistema jurídico, dentre outros argumentos,<sup>2</sup> para fundamentar sua posição.

Além disso, é preciso que se diga que, ao contrário de outros diplomas legais, o CDC não está sofrendo um processo crônico de perda de eficiência, apesar de ter editado em 1990, um período significativo se consideradas as alterações ocorridas nas relações de consumo deste então. De fato, o CDC instituiu no Brasil um novo modelo jurídico, inaugurando toda uma nova ordem de conceitos e ideias, alguns dos quais ainda em fase de maturação, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas ou da inversão do ônus da prova. Por isso, apesar da maioria, parece ser fora de dúvida o fato de que o CDC (ainda) não envelheceu.

Neste diapasão, alguém pode suscitar um componente diferenciador na iniciativa reformista do Senado Federal: trata-se, pois, de uma comissão de atualização, como epigrafado no Ato que a instituiu. Portanto, em tese, o objetivo dos trabalhos não é, propriamente, reformar – dar forma o que está deformado –, mas atualizar, ou seja, incorporar o que é novo. Neste sentido, a iniciativa teve como uma de suas metas justificadoras a inserção no CDC de algumas ferramentas técnicas capazes de lidar com os elementos tecnológicos que se tornaram presentes nas relações de consumo, em especial aqueles ligados ao comércio eletrônico.

Pois bem, apesar de se reconhecer a validade de tal ponderação, da leitura dos textos produzidos pela Comissão de Juristas é inevitável verificar que boa parte dos dispositivos traçados, senão a maioria deles, tem índole reformista. Neste sentido, merecem destaque os artigos relativos à tutela coletiva, quase todos reformadores, muitos dos quais presentes, com igual ou similar redação, em outros projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. Portanto, a discussão sobre a pertinência ou não da reforma, permanece aberta.

Na verdade, se de um lado é inegável a importância transformadora da nova hermenêutica jurídica, de outro, também é incontestável que o aperfeiçoamento das leis representa uma etapa necessária para o bom funcionamento do sistema, que é apontado como integrante da família do *civil law*. No caso específico do CDC, não apenas a

---

<sup>2</sup> Uma questão que não costuma ser tratada, pelo menos de forma ostensiva, mas certamente serve de incremento para as discussões sobre a conveniência das reformas é a qualidade de algumas alterações que foram realizadas recentemente. Tal discussão, que passa ao largo do campo teórico, deve ser sopesada com cuidado, para não viciar o debate. No entanto, é preciso reconhecer que o Parlamento brasileiro tem dado mostras freqüentes da implementação de reformas pontuais, casuísticas e de pouquíssima utilidade. Um dos mais significativos exemplos desse “movimento” foi a edição da Lei n.º 12.376/10, que teve como único propósito alterar o “nome” da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657/42), para que passasse a ser chamada de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O próprio CDC foi alvo de uma alteração, no mínimo esdrúxula, por parte da Lei n.º 11.785/08, que se limitou a alterar o § 3o do seu art. 54, para definir o tamanho mínimo da fonte a ser empregada na impressão de contratos de adesão. Neste particular, entretanto, a qualidade dos membros da Comissão de Jurista pode afastar qualquer receio no que tange à qualidade e à pertinência das propostas desenvolvidas.

atualização, mas a própria reforma, se justificam pelas significativas experiências vividas ao longo do tempo de vigência, pela necessidade de pacificar questões controvertidas, especialmente no âmbito jurisprudencial, e de aprimorar os mecanismos existentes, dotando-os de maior eficácia. Neste sentido, as reformas, se bem conduzidas, podem efetivamente aprimorar o funcionamento do ordenamento jurídico, acrescentando qualidade à tutela das relações de consumo.

## 1.2. A divisão do trabalho da Comissão de Juristas

Para facilitar os trabalhos, a Comissão de Juristas dividiu o anteprojeto em três partes (minutas), organizados por temas: a) Tutela Coletiva; b) Superendividamento; c) Comércio eletrônico. Embora isto não tenha sido ostensivamente dito, pelos antecedentes históricos e acadêmicos, parece correto especular que a regência da minuta sobre a tutela coletiva ficou a cargo da Prof. Ada Pellegrini, da minuta sobre superendividamento, da Prof. Claudia Marques, e a minuta de comércio eletrônico, do Prof. Roberto Pfeiffer.

Neste passo, necessário alertar o leitor que os textos elaborados, apesar de tratar prioritariamente dos temas a eles designados, acabam por tocar, também, diversos outros aspectos das relações de consumo. Somente a título de exemplificação, veja-se os dispositivos relativos à forma de interpretação das regras consumeristas inseridas na minuta relativa ao comércio eletrônico (novas redações atribuídas aos art. 1º e 5º do CDC).

## 1.3. Delimitação do presente estudo

Apesar da riqueza presente nas três peças produzidas, o objetivo do presente texto é, tão-somente, fazer uma análise crítica da minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor. Os dispositivos nela constantes são, essencialmente, de natureza processual. Para tanto, serão apresentadas as alterações propostas e, em seguida, feitas as observações pertinentes.

## 2. A tutela dos direitos e interesses transindividuais (art. 81)

### 2.1. Nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º)

| Redação Atual                                                                                                                                           | Texto proposto (alteração)                                                                                                                       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Art. 81. (...)<br><i>Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...)</i><br><i>III - interesses ou direitos individuais</i> | Art. 81. (...)<br><i>§ 1º A <u>ação</u> coletiva será exercida quando se tratar de: (...)</i><br><i>III – interesses ou direitos individuais</i> |

|                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.</i> | <i>homogêneos, assim entendidos aqueles decorrente de origem comum, <u>de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela, aferida por critérios como a facilitação do acesso à Justiça para os sujeitos vulneráveis, a proteção efetiva do interesse social, a numerosidade dos membros do grupo, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes.</u></i> |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

A Comissão de Juristas, acertadamente, entendeu por bem complementar a definição legal dos direito e interesses individuais homogêneos. Com efeito, a redação atual do art. 81, § 1º, III, do CDC é por demais vaga, dando margem a diversas discussões sobre o seu real alcance. Antes, no entanto, corrigiu uma imprecisão existente no corpo do parágrafo primeiro do vigente art. 81 do CDC: substituiu a palavra “defesa” por “ação”, expressão mais técnica para identificar o fenômeno tratado no dispositivo.

O primeiro ponto acrescido pelo dispositivo, em comparação com a redação vigente, foi a indicação de que a origem comum, característica dos interesses individuais homogêneos, pode ser fática ou jurídica.

Em seguida, foi estabelecido um pólo metodológico para caracterização do instituto: a utilidade coletiva no tratamento conjunto da questão. De fato, os interesses individuais homogêneos não são interesses coletivos em sentido estrito, mas por equiparação, por criação jurídica.

São cinco os critérios elencados pelo dispositivo proposto para aferir a utilidade coletiva: a facilitação do acesso à Justiça, a proteção efetiva do interesse social, o número de interessados, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes. Os elementos foram muito bem escolhidos e o rol não é taxativo. Não obstante, importante assinalar que a Comissão deixou claro que não é necessária a presença dos cinco, simultaneamente, para a identificação da utilidade coletiva. Para chegar a essa conclusão, basta verificar cada um dos critérios isoladamente e também o emprego da palavra “ou” entre os dois últimos critérios elencados.

## 2.2. Definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 3º)

|                           |
|---------------------------|
| Texto proposto (acrécimo) |
| Art. 81. (...)            |

*§ 2º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica*

Novamente, a Comissão procurou inserir no texto a definição de um paradigma legal: a relevância social e jurídica dos interesses transindividuais. Tal iniciativa é digna de aplauso, pois apresenta utilidade tanto no plano teórico, como no plano prático.

Do ponto de vista teórico, consagra a importância que a tutela coletiva retrata componente densificador do acesso à Justiça. No plano prático, por exemplo, a relevância social e jurídica da tutela coletiva justifica a atuação do Ministério Público (art. 128 e 129 da CF e art. 82 do CPC), bem como torna presumível a repercussão geral das questões constitucionais em eventual recurso extraordinário interposto acerca da matéria (art. 102, § 3º, da CF). Dentro da própria minuta, a referência serve de baliza para imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º), para a atuação *ex officio* do magistrado (art. 90-L, parágrafo), dentre outros.

### **2.3. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas (art. 81, § 3º)**

|                                                                                                                                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acrécimo)                                                                                                                                                                |
| Art. 81. (...)<br>§ 3º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser argüida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso. |

A questão relativa ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas já foi alvo de intenso debate, tanto doutrinário como jurisprudencial. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, atual integrante da Corte Suprema brasileira, sustentou em sede doutrinária a inviabilidade da utilização das ações coletivas para controle de constitucionalidade. Segundo o Ministro, a partir da edição da vigente Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer as competências específicas para apreciação das questões constitucionais, mitigando tais atribuições no nas instâncias ordinárias.<sup>3</sup> Ada Pellegrini Grinover,<sup>4</sup> por sua vez, foi uma das primeiras juristas a sustentar a tese que, tempos depois, se tornou prevalente no Supremo Tribunal Federal,<sup>5</sup> segundo o qual somente seria possível em sede de ação coletiva o controle difuso de constitucionalidade. Pois foi exatamente este entendimento, hoje consolidado, que a Comissão de Juristas quis trazer para o texto legal.

### **2.4. A imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º) a interrupção da prescrição (art. 90-D)**

<sup>3</sup> **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**, in **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública** (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

<sup>4</sup> **O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**, in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 89, dez/06, p. 07.

<sup>5</sup> STF – Pleno – Rcl 602/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/09/2007.

|                            |
|----------------------------|
| Texto proposto (acréscimo) |
|----------------------------|

Art. 81. (...)

*§ 4º A ação é imprescritível, e as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado o mais favorável a seu titular.*

|                            |
|----------------------------|
| Texto proposto (acréscimo) |
|----------------------------|

*Art. 90-D. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões de qualquer natureza direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.*

Um dos temas bastante controvertido no seio da tutela coletiva é o relativo à prescrição das pretensões relacionadas à demanda. Pois a Comissão resolver tratado os principais pontos do tormentoso assunto. De um lado, estabeleceu a imprescritibilidade das ações coletivas (Art. 81, § 4º). Trata-se, a toda evidência, de uma contundente resposta à equivocada orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicar por analogia à ação civil pública a regra referente à prescritibilidade da ação popular (art. 21 da Lei nº 4.717/65).<sup>6</sup> A regra utilizada, na verdade, submete-se à lógica da prescrição imposta à própria Fazenda Pública, para cobrança de tributos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42). Como a ação popular visa atacar atos lesivos ao interesse público, compreensivo que o legislador de 1965 tenha editado tal regramento. No entanto, nada autoriza a aplicação extensiva de uma norma restritiva, especialmente se tratando de um interesse de “relevância social e jurídica”, já pegando uma carona no paradigma previsto no art. 81, § 2º, da minuta.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Por todos, veja-se o seguinte acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA” (STJ – 1ª Turma – RESP 910625/RJ – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/04/2008).

<sup>7</sup> Importante que se diga que o tema não é pacífico nem mesmo no STJ. Existem decisões defendendo a imprescritibilidade (RESP 647.493/SC – 2ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 22/05/2007). Pode ser encontrada, inclusive, posição intermediária, fazendo distinção entre as ações coletivas prescritíveis, daquelas imprescritíveis. “4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e

Outro tema enfrentado pela Comissão de Jurista foi o da interrupção da prescrição da pretensão da questão de fundo, no plano individual, pela interposição de ação coletiva. Atualmente, apesar da imensa controvérsia, prevalece a orientação de que a interposição da ação coletiva gera a interrupção da prescrição da pretensão para a propositura das ações individuais, que versarem sobre o mesmo tema.<sup>8</sup> Mais uma vez, o texto proposto acatou a posição mais favorável à efetividade da tutela coletiva.

### 3. Inclusão expressa da defensoria pública no rol de legitimados para propor ações coletivas de consumo (art. 82)

|                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                  |
| Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentes: (...) |
| V – a Defensoria Pública.                                                   |

Apesar de na doutrina e na jurisprudência ser pacífica a aptidão da Defensoria Pública para atuar na defesa dos interesses metaindividuais,<sup>9</sup> o tema tornou-se debatido

---

como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental” (RESP 1120117/AC – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10/11/2009).

<sup>8</sup> Neste sentido, por todos, veja-se: “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 02 DO TRF4. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, na condição de substituto processual, objetivando a revisão dos benefícios previdenciários alcançados pelo teor da Súmula nº 02 do TRF4, a citação válida do INSS interrompe a prescrição quinquenal em favor de todos os substituídos. 2. Interrupção que tem seu marco inicial fixado coincidentemente com o ajuizamento da Ação Civil Pública e produz efeitos inclusive no tocante às ações individuais posteriormente propostas pelos substituídos. 3. Irrelevância de a Ação Civil Pública ter sido posteriormente extinta sem exame do mérito, pois presente a citação válida, ato suficiente à interrupção da prescrição. 4. Recurso conhecido e improvido.” (TRF4 – Turma de Uniformização – Incidente de uniformização (JEF/RS JEF/PR) 2003.70.00.042475–7/PR, p. em 16/6/2005). Em sentido contrário: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO HÁ INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. APLICA-SE O ART. 104 DA LEI 8.078/90. 28,86%. MILITAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I) Embora o art. 104 da Lei nº 8.078/90 haja sido concebido na legislação consumerista, a sua aplicação não se restringe às relações de consumo, posto tratar-se de norma de conteúdo geral voltada a regulamentação de ações tendentes a defesa dos direitos e interesses meta-individuais, difusos e coletivos, razão pela qual, não pode a incidência do mesmo ser afastada em se tratando de Ação Civil Pública. II) O recurso interposto demonstra claramente a ausência de argumentos aptos à modificação da decisão hostilizada. III) Agravo interno desprovido” (TRF2 – 6ª Turma Especializada – AGTAC 391424/RJ (2006.51.17.003363-6) – Rel. Des. ROGERIO CARVALHO, j. em 14/11/2007)

<sup>9</sup> Por todos, sintetizando o pensamento da doutrina e jurisprudência brasileira, confira-se o parecer lavrado por Ada Pellegrini Grinover para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia). Anote-se, ainda, que a legitimidade da Defensoria Pública não está prevista apenas no citado art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, mas também, dentre outros textos, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94), que diz em seu artigo primeiro: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção

em razão da interposição de uma ação declaratória de inconstitucionalidade perante o STF, sustentando que a Defensoria Pública somente poderia atender aos hipossuficientes econômicos, individualmente considerados. Na realidade, em matéria de tutela coletiva, quanto maior o número de legitimados, melhor será a possibilidade de efetiva proteção de tais interesses. Além disso, a Defensoria Pública, por atender milhões de pessoas, tem não apenas estrito contato com a realidade das demandas, mas também legitimidade direta (decorrente do contato direto e concreto com a sociedade) para a atuação coletiva. Por fim, necessário destacar que a Defensoria Pública não atua apenas em favor do hipossuficiente econômico (atuação típica), mas também dos deficientes técnicos e jurídicos (atuação atípica), como no caso de crianças e adolescentes infratores, pessoas vítimas de violência doméstica, idosos em situação de risco, acusados criminais etc.<sup>10</sup>

Assim, o texto proposto, acertadamente, positiva a orientação prevalente, segundo a qual a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação coletiva em favor do consumidor, em consonância com idêntica previsão estabelecida em outros diplomas legais. O ideal, entretanto, para espantar qualquer dúvida, seria que o dispositivo dissesse que a legitimidade (não apenas da Defensoria Pública, mas de todos os elencados no artigo) abrange todos os interesses metaindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto porque a mencionada ADIn 3943, em curso no STF, afirmar-se, como tese subsidiária, que ainda que se entenda que a Defensoria Pública tem legitimidade para a atuação coletiva, ela ficaria restrita aos interesses individuais homogêneos dos hipossuficientes (como se fosse possível, do ponto de vista prático, fazer tal distinção).

#### **4. As regras procedimentais das ações coletivas de consumo (Capítulo I-A)**

##### **4.1. Inclusão de um capítulo dedicado ao procedimento das ações coletivas de consumo (art. 90-A)**

|                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                                        |
| <i>CAPÍTULO I-A</i><br><i>DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA</i>                                                                                                                    |
| <i>Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.</i> |

*dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.*

<sup>10</sup> Veja-se o rol de atuações da Defensoria Pública no art. 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar n.º 80/94).

A Comissão sentiu a necessidade de dar tratamento mais extenso e detalhado ao procedimento das ações coletivas de consumo, para adaptar o rito individualista do CPC à realidade das questões coletivas. Apesar de validade da iniciativa, o artigo inaugural do novel capítulo, no entanto, incide numa imprecisão terminológica. Ele diz que o procedimento a ser adotado nas ações coletiva será “o ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código”.

Na verdade, se hoje o procedimento, no CDC, é efetivamente o ordinário com algumas modificações, na minuta, o procedimento torna-se essencialmente especial. Os ritos especiais, por sua vez, utilizam-se da aplicação subsidiária do rito ordinário do CPC, por expressa determinação do parágrafo único do art. 272 deste Diploma. Pode parecer apenas um jogo de palavras, mas existem diferenças práticas em dizer que o rito é o ordinário com modificações ou que o rito é especial (ensejando aplicação subsidiária do procedimento ordinário). A questão mais relevante é a utilização deste rito especial para outras demandas coletivas, que não aquelas tratadas no CDC. Por isso, melhor seria se o art. 90-A da minuta assinalasse apenas o seguinte: a ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo.

#### 4.2. Adaptabilidade do procedimento (art. 90-A)

| Texto proposto (acréscimo) |
|----------------------------|
|----------------------------|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Art. 90-A. (...) § 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem da produção dos meios de provas, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

O parágrafo primeiro do art. 90-A da minuta consagra em seu texto o chamado princípio da adaptabilidade procedimental.<sup>11</sup> Busca-se, assim, permitir que o juiz tenha maior liberdade na condução do processo, ajustando o rito à realidade da questão coletiva em prol de uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e na solução do problema.

O dispositivo em questão, embora inovador na sistemática vigente, pode vir a ser incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, caso seja aprovado o Projeto que visa instituir um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10). Seu texto, aliás, é ligeiramente superior ao previsto para o CPC projetado,<sup>12</sup> por fazer

<sup>11</sup> Por todos, veja-se as anotações de Fredie Didier Júnior: **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

<sup>12</sup> “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”;

expressa menção aos parâmetros da sua utilização: o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

#### **4.3. Análise da existência de ações coletivas sobre o mesmo tema em curso no cadastro nacional de processos coletivos (art. 90-A)**

|                                                                                                                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                            |
| Art. 90-A. (...)                                                                                                                                                      |
| § 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico. |
| § 3º Incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.                                             |
| § 4º Em caso de inexistência de consulta, cabe ao juiz realizá-la.                                                                                                    |

Outra inovação trazida pela minuta diz respeito ao cadastro nacional de processos coletivos. Trata-se de medida recém aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/11), que visa relacionar todas as ações coletivas em curso no Brasil, para otimizar o funcionamento da tutela coletiva .

Não obstante seja de inegável valor, tem-se que os dispositivos constantes da minuta carecem de clareza. O parágrafo segundo afirma que a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos das ações que versem sobre o mesmo bem jurídico. Em seguida, o parágrafo terceiro aduz que incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta. Por fim, o parágrafo quarto diz que cabe ao juiz realizar a consulta. Do jeito em que está redigido, parece que a consulta ao cadastro nacional de processos coletivos é um documento indispensável para a propositura da demanda, que deve ser conferido pelo Cartório, mas pode ser produzido pelo juiz, de ofício.

Melhor seria, a título de sugestão, se os citados parágrafos dissessem o seguinte: “§ 2º o autor deverá consultar o cadastro nacional de processos coletivos antes de propor a demanda, informando tal circunstancia ao juízo, ciente de que, havendo outras ações tratando da mesma questão coletiva, poderá a demanda ser encerrada liminarmente, com ou sem resolução do mérito, ou declinada para outro juízo; § 3º antes de abrir conclusão ao juiz para despachar a petição inicial, o cartório certificará nos autos sobre a existência de outras demanda coletivas tratando do mesmo bem jurídico, a partir do cadastro nacional de processos coletivos; § 4º todos os tribunais, no prazo de seis meses da edição desta lei, expedirão ordens determinando a todos os cartórios sob sua jurisdição que cadastrem as ações coletivas em tramitação no cadastro nacional de processos coletivos, bem como procedam à certificação nelas sobre a existência de outras ações coletivas tratando do mesmo objeto”.

#### 4.4. Requisição de documentos para instruir a petição inicial (art. 90-B)

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| <i>Art. 90-B. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, natural ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.</i><br><i>Parágrafo único. Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, incumbindo ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.</i> |

Outra medida de grande valia é a previsão expressa para que os interessados possam requerer certidões e informações de “qualquer pessoa, natural ou jurídica”, para instruir a ação coletiva. Os principais beneficiados desta medida serão os órgãos administrativos e as associações civis, que poderão obter documentos que, atualmente, diante da recusa, dependem de ação cautelar para serem acessados.

#### 4.5. Fixação do valor da causa (art. 90-C)

|                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                                                                                             |
| <i>Art. 90-C. Sendo inestimável ou de difícil mensuração o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.</i> |

O objetivo do art. 90-C da minuta em tela parece ter sido o de afastar das ações coletivas a possibilidade de interposição do incidente de impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC). Esta é, salvo melhor juízo, a única justificativa para se aceitar um valor da causa “provisório”, a ser definido na sentença.

Não parece ser essa, entretanto, a melhor solução para o tema. Na verdade, o valor da causa serve de parâmetro para diversos institutos, mesmo ao longo da tramitação do feito (multas, honorários, custas etc). Por isso, a sua correta aferição merece tratamento diferenciado e imediato. O que a Comissão poderia ter feito era vedar expressamente a impugnação ao valor da causa, determinando que a questão seja resolvida pela interposição de recurso de agravo de instrumento por quem se sentir prejudicado, servindo a decisão para estabilizar o tema, até a prolação da sentença (quando poderá ser revisto, sem eficácia retroativa).

#### 4.6. Fungibilidade do procedimento (art. 90-E)

|                                                                                       |
|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                            |
| <i>Art. 90-E. A requerimento do autor, com fundamento em fatos e informações cujo</i> |

conhecimento seja decorrente da instrução probatória ou em fatos novos ou desconhecidos, o juiz poderá admitir a alteração do pedido ou da causa de pedir. Parágrafo único. O prazo para aditamento à inicial, neste caso, será de quinze dias, contados da ciência do autor em relação ao encerramento da instrução probatória.

Uma novidade muito bem-vinda à estrutura procedimento das ações coletivas é a previsão contida no art. 90-E da minuta, que permite o ajustamento do pedido coletivo às alterações fáticas que surgirem ao longo da marcha processual. Ela prevê aquilo que o ordenamento pátrio costuma chamar de fungibilidade.<sup>13</sup> Neste ponto, fica desde logo registrada a sugestão para que a expressão “aditamento”, que pode de alguma maneira remeter a um retrocesso procedimental, seja substituída por “fungibilidade”.

O problema da minuta é que vincula a fungibilidade ao encerramento da instrução probatória, o que poderá gerar prejuízos para os interesses metaindividuais, caso, por exemplo, os fatos mencionados no *caput* do art. 90-E ocorram no início do procedimento. Ademais, se o próprio texto fala que as partes podem pedir prova complementar, existiria a possibilidade (bastante freqüente) de ser necessária a reabertura da instrução probatória recém encerrada, caso a fungibilidade permanecesse atrelada ao término da instrução. Por isso, melhor seria se a Lei fixasse apenas o prazo nas hipóteses de existir uma provocação para a fungibilidade, admitindo-a até a prolação da sentença, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

#### 4.7. Fase de conciliação (art. 90-F)

| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Art. 90-F. O juiz, apreciando eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.</i> |
| <i>§ 1º A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor.</i>                                                                                                                                                                     |
| <i>§ 2º Quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério Público.</i>                                                                                                                                 |
| <i>§ 3º O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à</i>                                                                                                                                                                                                                           |

<sup>13</sup> No Brasil, a fungibilidade historicamente é associada à flexibilização da regras de admissibilidade recursal. Neste sentido, o CPC de 1939 previa o princípio da fungibilidade recursal em seu art. 810, nos seguintes termos: “*salvo em hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento*”. O atual CPC, no entanto, trata da fungibilidade de forma desconcentrada, através de diferentes regras. No plano procedimental, entretanto, o atual CPC prevê a fungibilidade em determinados ritos especiais, tais como na ação possessória (art. 920). Este é o parâmetro que se busca estabelecer, apesar da péssima redação do mencionado art. 920.

*dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.*

*§ 4º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito, assumindo o Ministério Público a posição do Autor, salvo recusa fundamentada.*

*§ 5º A transação obtida será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.*

Apesar da minuta não ter dito de forma expressa quanto à possibilidade de concessão de tutela de urgência (liminares), o art. 90-F previu um momento para apreciação de tal expediente: o início da fase de providências preliminares, no início da etapa instrutória do procedimento. Nada obsta, entretanto, que os pedidos de medida de emergência sejam formulados e apreciados a qualquer tempo, enquanto não proferida a sentença.<sup>14</sup>

Logo em seguida, visando conferir um encadeamento de etapas, inclusive com a determinação de um prazo para o autor, evitando que a questão se prolongue no tempo, o dispositivo assinala que a audiência de conciliação será marca “*com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir*”. Mais a diante, arremata afirmando que a “*audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial*”.

Portanto, parece claro que a Comissão previu a realização de uma audiência tipicamente de conciliação e não da preliminar, prevista no art. 331 do CPC, onde além da conciliação, o juiz declara saneado o processo, fixa os pontos controvertidos e organiza a instrução. Outro ponto a chamar a atenção é que, ao contrário da audiência preliminar, esta audiência de conciliação parece ser “obrigatória”, ou seja, inerente a todos os procedimentos coletivos.<sup>15</sup> É uma proposta positiva, na medida em que atribui à conciliação, nas causas coletivas, papel primordial na rápida e efetiva solução da questão. De fato, a facultatividade da audiência preliminar está melhor associada aos interesses privados, nas questões individuais.

Ademais, estabeleceu que a audiência conciliatória será conduzida por conciliador ou mediador. Muito embora a Resolução n.º 125 do CNJ afirme que tanto a conciliação como mediação judicial devem ser feitas sem a participação direta do juiz, parece que, ao menos em relação à conciliação, tal determinação deva ser mitigada no âmbito da tutela coletiva. De fato, parece ser mais prudente deixar ao juiz a tarefa de

<sup>14</sup> Muito embora vozes abalizadas sustentem que até na sentença é possível obter um provimento de urgência até mesmo dentro da sentença. *Data venia*, mas tal expediente representa, de certa forma, uma burla à lei.

<sup>15</sup> Esta posição é corroborada pela redação dos parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F, que sancionam gravemente a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação.

buscar a conciliação em causas que podem ser de alta complexidade e envolvendo interesses que podem ser atingir milhares de pessoas e envolver cifras milionárias.

Neste diapasão, necessário frisar que a redação proposta para o parágrafo segundo do art. 90-H carece de pequenos ajustes de redação. Diz o texto que “*quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério Público*”. Na realidade, como já salientado no texto do art. 81, § 3º, da minuta, a “*tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica*”. Logo, não parece apropriado falar em disponibilidade do bem jurídico coletivo, especialmente sabendo-se que os legitimados coletivos não são, via de regra, seus titulares. De outro lado, também não parece acertado dizer que a transação somente será aceita com a concordância do MP. A oitiva do MP é, sem dúvida, necessária, mas não indispensável para a homologação da transação. Com efeito, se o MP discordar da homologação e ela ainda assim for feita, deverá apelar da sentença, apresentando seus argumentos de forma fundamentada. Em suma, a sugestão que se faz é que o dispositivo diga que sempre que possível, o acordo obtido na audiência de conciliação será homologado, estabelecendo detalhadamente a forma do cumprimento da obrigação, bem como as consequências de eventual descumprimento, após oitiva de todos os interessados e do representante do Ministério Público com atuação no feito.

Por fim, os parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F indicam que a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação será severamente punida: a falta do réu caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e enseja a aplicação de multa e o não comparecimento do autor acarreta o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito. Neste passo, necessário criticar a redação final do dispositivo. Melhor seria se dissesse que o MP tem a atribuição de apreciar tanto a escusa apresentada pelo autor, se oferecida, como a possibilidade de assumir a autoria da demanda. Uma redação neste sentido poderia ser da seguinte maneira: “§ 4º As partes serão pessoalmente intimadas para comparecer na audiência de conciliação designada; caso o autor não compareça, independentemente de nova intimação, terá o prazo de cinco dias contado da data da audiência para apresentar sua justificativa para a ausência; em seguida, com ou sem a justificativa do autor, os autos serão imediatamente remetidos ao Ministério Público, para se manifestar sobre o ocorrido e, se for o caso, sobre seu interesse em assumir o pólo ativo da demanda, no prazo de dez dias.”

#### 4.8. O prazo da resposta do réu (art. 90-G)

|                                                                                                                                                                                |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                                     |
| Art. 90-G. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao |

*número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.*

*Parágrafo único. Ao prazo previsto neste artigo não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.*

O art. 90-G estabelece os parâmetros temporais para o oferecimento da resposta. Trata-se de regra similar à existente em relação à ação rescisória (art. 491 do CPC),<sup>16</sup> com a vantagem que prevê os elementos de deverão ser considerados para a fixação do prazo (complexidade da causa ou número de litigantes).

O termo *a quo* para oferecimento da resposta será o da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, sem que tenha havia acordo. Trata-se de uma posição diversa da existente tanto no rito sumário como no rito ordinário, mas já experimentada no procedimento possessório, quando necessária a audiência de justificação (art. 930, parágrafo único, do CPC). Não obstante, necessário frisar que existe uma contradição entre os dispositivos 90-G e 90-H. É que no art. 90-G o texto afirma que o prazo para a resposta corre da audiência de conciliação, enquanto que o art. 90-H aduz que o juiz, imediatamente após a realização da audiência de conciliação, saneará o processo. Por tanto, necessário inserir entre a audiência de conciliação e o saneamento do processo uma etapa capaz de comportar tanto o prazo assinado para a resposta, como também para uma eventual réplica. Uma proposta para harmonizar os dois dispositivos seria a seguinte: “Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz apreciará as respostas eventualmente apresentadas e, se for o caso, abrirá vista ao autor em réplica. Em seguida, imediatamente designará data para a realização da audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões: (...)”

Para encerrar, o parágrafo único do art. 90-G afirma que ao prazo para resposta não aplicam os benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais. Parece ser uma medida acertada, levando-se em consideração que tal prazo pode oscilar entre vinte e sessenta dias.

#### **4.9. Fase de saneamento e de instrução probatória – audiência ordinatória (art. 90-H)**

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:*

*I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;*

*II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela fracionada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a*

<sup>16</sup> “Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação (...)”.

*separação preserve o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, represente proteção efetiva ao interesse social e facilite a condução do processo;*

*III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;*

*(...)*

*V – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;*

*(...)*

Outra inovação proposta pela minuta foi a criação de uma “audiência ordinatória”, voltada a promover o saneamento do feito e também apreciação de outras medidas, tais como a conversão da demanda, de coletiva para individual, a divisão da demanda, em diferentes demanda coletivas e a inclusão de litisconsorte ou da assistência. Trata-se de outra modalidade de audiência “obrigatória”, uma vez que presente em todos os procedimentos coletivos. Feita a ressalva quanto a compatibilidade deste dispositivo com o prazo para resposta previsto no art. 90-G, o texto proposto é muito bom. O único ponto que merece maior reflexão diz respeito à menção quanto ao litisconsórcio e à assistência. A literalidade do texto pode levar o interprete a concluir que somente neste momento tais institutos poderão ser apreciados e que a assistência é a única modalidade de intervenção de terceiro cabível no processo coletivo. Por isso, talvez fosse o caso de suprimir a integralidade do inciso III do art. 90-H.

#### **4.10. A inversão do ônus da prova (art. 90-H, VI e art. 90-L, caput)**

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:*

*(...)*

*VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, podendo, desde logo e até o momento do julgamento da causa, invertê-lo, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tem, manifestamente, maior facilidade em sua demonstração;*

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.*

*(...)*

O inciso VI do art. 90-H afirma, com propriedade, que na audiência ordinatória o juiz deverá esclarecer as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão. Tratou, assim, de uma só tacada, de duas teorias diferentes, mas bastante próximas: a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova. Resolveu com isso uma das grandes discussões existentes tanto na doutrina<sup>17</sup> como na jurisprudência<sup>18</sup> sobre qual o momento indicado para sua realização.

A incongruência, entretanto, reside na comparação entre o dispositivo e o texto proposto para o caput do art. 90-L. Neste, fica patente a possibilidade de inversão ou a redistribuição do ônus da prova na sentença. Neste contexto, alguém poderia sustentar que a minuta estabeleceu, como regra, o saneamento do feito como momento próprio para tal decisão sobre o ônus da prova, mas permitiu, em caráter excepcional, quando concluída a instrução sem que se tenha nos autos prova suficiente para a formação da convicção do juiz, que a alteração da ordem legal da distribuição do ônus da prova possa se dar no julgamento. Ainda assim, permaneceria o óbice relativo à proibição de decisões surpresa, componente necessário do princípio do contraditório.<sup>19</sup> O ideal seria que fosse suprimido o texto da cabeça do art. 90-L e nele inserido o conteúdo do parágrafo único do mesmo dispositivo, que será estudo mais a diante.

#### 4.11. A audiência de instrução e julgamento e a teoria causa madura (art. 90-I)

|                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Texto proposto (acréscimo)                                                                                                                                               |
| Art. 90-I. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas |

<sup>17</sup> Um dos membros da Comissão, o Prof. Kazuo Watanabe é um dos defensores do entendimento de que a inversão deveria se dar na prolação da sentença, por versar sobre regra do juízo: **Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 715. A corrente majoritária, entretanto, foi a sustentada pelo Prof. Luiz Antônio Nunes Rizzato, segundo a qual a inversão deveria ocorrer no saneamento do processo, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa: **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

<sup>18</sup> Representando a posição prevalente, pode ser citado o seguinte aresto: “*A inversão do ônus da prova, com amparo na regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além de não ser automática e depender do preenchimento de um dos requisitos ali contidos, é regra de procedimento, o que implica em dizer que o Magistrado, necessariamente, até o despacho saneador, deve decretá-la, a fim de que cada parte possa nortear a sua atividade probatória de acordo com tal critério, sob pena de cerceamento de defesa. Assim, se a autora não se insurge oportunamente quanto à omissão do Juiz em inverter o ônus da prova, para o deslinde da questão, válidas são as regras gerais de distribuição do ônus da prova, previstas no artigo 333, I, do Código de Processo Civil*” (TJPR – 10ª Câmara Cível – AC 7015250 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/03/2011). A posição minoritária tem, entretanto, inúmeros julgados em seu favor, como se pode ver da seguinte ementa: “*INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO A SER ADOTADA A CRITÉRIO DO JULGADOR, NO MOMENTO DA DECISÃO. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO NO DESPACHO SANEADOR*” (TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado – AI 4007291520108260000 – Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 26/07/2011).

<sup>19</sup> Por todos, veja-se as observações feitas em seu blog, pelo Prof. José Miguel Garcia Medina: **Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC**. Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em: 22/09/2011.

partes ou requisitadas pelos juízes, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Completando o ciclo de audiências, a minuta prevê a possibilidade de realização das audiências de instrução e julgamento e para esclarecimentos periciais. Ambas são, como ocorre no CPC, facultativas e deverão ser evitadas, tanto quanto possível, notadamente em razão da previsão da audiência ordinatória, com todas as suas possibilidades (art. 90-H). A parte final do dispositivo, no entanto, faz referência ao “*julgamento imediato da lide*”, quando o mais técnico, ***permissa venia***, seria falar em “*julgamento conforme o estado do processo*”, termo mais abrangente e já consagrado no CPC (art. 329 e ss).

#### 4.12. A prova pericial e o perito (art. 90-J)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-J. Se for necessária a realização de prova pericial, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito, preferencialmente dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao Poder Público, preferencialmente com recursos dos Fundos, nacional ou estaduais, de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito, que poderá optar por receber os honorários integralmente ao final.

O regime da prova pericial sofre duas alterações significativas, através do art. 90-J. De um lado, a minuta prevê que a perícia seja feita preferencialmente por servidores públicos. É possível que o móvel de tal disposição, mais do que economizar com os honorários, seja garantir a lisura do procedimento, lançando-o à esfera de um funcionário público. A toda evidência, no entanto, trata-se de uma opção arriscada que, espera-se, seja utilizada com toda a prudência pelos julgadores, já que nem sempre os servidores públicos têm condições técnicas e materiais para realizar determinadas perícias de maior envergadura, como também eles estão suscetíveis às influências externas na elaboração de seus estudos.

A outra inovação contida no dispositivo diz respeito ao patrocínio das perícias privadas através dos fundos de direitos difusos, tais como o Fundo Nacional, previsto pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e regulamentado pela Lei nº 9.008/95. A medida deverá ser precedida por requisição judicial e somente será efetuada se o perito não optar por receber seus vencimentos integrais ao final do procedimento.

#### 4.13. O poder judicial para determinação *ex officio* de medidas de reconstituição de bens lesados (art. 90-L, parágrafo)

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.*

*Parágrafo único. O juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências para a reconstituição dos bens lesados, podendo estabelecer, dentre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.*

Como já sublinhado anteriormente, o **caput** deste dispositivo deveria ser afastado, por contrastar com o estabelecido no ar. 90-H, VI, bem como com os princípios do contraditório e da ampla defesa. O seu parágrafo único, ao revés, tem conteúdo que merece aplausos e poderia ocupar, sem prejuízo lógico, o topo do artigo. Nele fica impressa a possibilidade do juiz buscar meios mais eficazes para a reconstituição dos bens lesados, ainda que fora dos limites da demanda. Cuida-se, como óbvio, de mitigação ao princípio da congruência, nos termos estabelecidos pelo art. 460 do CPC. A medida é salutar, mas deve levar em consideração, mais uma vez, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a extrapolação judicial somente será legítima se for fruto dos elementos contidos no contexto fático instaurado pela demanda.

## 5. Avaliação neutra de terceiro

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-H. (...)*

*IV – poderá encaminhar o caso para avaliação neutra de terceiro, designado por ele, de confiança das partes;*

*(...)*

*§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, e será sigilosa, inclusive para o juiz, não podendo influir sobre a formação de seu convencimento.*

*§ 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.*

Medida que provavelmente irá causar alguma polêmica, inclusive por seu ineditismo no País, é a previsão contida no art. 90-H da atuação de um terceiro neutro nos processos coletivos. De acordo como a minuta, o terceiro será designado pelo juiz, por indicação ou aceitação das partes, para elaborar uma “*avaliação neutra*” sobre a questão coletiva. Ocorre que esta avaliação será sigilosa, inclusive para o juiz, devendo

ser entregue diretamente às partes, “*extra-autos*”, para orientá-las na composição amigável do conflito.

Mas, afinal, que terceiro neutro é esse?

Não se trata de *amicus curiae*, expressamente mencionado no parágrafo único do art. 90-Q e com atuação bastante diversa. Como o texto diz que o terceiro neutro deve ser uma pessoa da confiança das partes, para auxiliá-las na composição do conflito, parece que a inspiração da Comissão foi a chamada *neutral evaluation*, oriunda do direito norte-americano.<sup>20</sup> A *neutral evaluation* retrata um típico componente dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution* – ADR. Inclusive, quando a avaliação neutra é feita por juízes aposentados, surge o instrumento conhecido como *rent-a-judge* (“juiz de aluguel”). O problema é que a *neutral evaluation* tradicionalmente se encontra vinculada à mediação ou à arbitragem, mas não ao processo judicial. Daí o estranhamento em se prever que o juiz irá nomear o terceiro neutro e fixar prazo para a sua atuação.

Parece que o melhor caminho seria prever a possibilidade das partes, de comum acordo, postular pela suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), para buscarem o aconselhamento de um terceiro neutro, de modo extrajudicial (e não “*extra-autos*”), em prazo certo, mas independentemente de nomeação ou qualquer outra intervenção judicial. De fato, como a avaliação neutra de terceiro tem objetivos declaradamente conciliatórios e prazo fixado pelo juiz para ocorrer, parece recomendável determinar a suspensão do processo, enquanto tal aconselhamento esteja em andamento, para que não sejam praticados atos inúteis.

## 6. Os efeitos dos recursos (art. 90-N)

| Texto proposto (acréscimo) |
|----------------------------|
|----------------------------|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Art. 90-N. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores e bens jurídicos em questão, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo. |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

<sup>20</sup> De acordo com John S. Blackman, a *neutral evaluation*, também conhecida como *early neutral evaluation* – ERE ou *case evaluation* representa o “*process in which a third party neutral examines the evidence and listens to the disputant’s positions, and then gives the parties his or her evaluation of the case. But it can be much more than that too. It can be an extraordinarily flexible, beneficial process, and in the hands of a skilled neutral evaluator it can go way beyond someone simply hearing the facts of a case, then pegging a number or outcome to it.*” (*Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>, acessado em 22/09/2011.

O art. 90-N da minuta traz inovação já existente no sistema dos Juizados Especiais (art. 43 da Lei nº 9.099/95) e prevista no Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10, que trata do novo Código de Processo Civil brasileiro.<sup>21</sup> O dispositivo prevê a mudança do modelo *ope legis* de concessão do efeito suspensivo para o modelo *ope judicis*. Trata-se de medida há muito tempo reclamada pela doutrina, por conta da sua capacidade de ampliar o escopo de eficácia da tutela do bem coletivo.

## 7. O fiscalizador da liquidação e da execução coletiva (art. 90-O)

### Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-O. Para fiscalizar e implementar os atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, o juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por subrogação e terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função, exercida atendendo às diretrizes do juízo.*

Em mais uma iniciativa inédita para o direito brasileiro, o art. 90-O da minuta prevê a possibilidade de nomeação de um agente fiscalizador da liquidação e da execução coletiva. A proposta é bastante salutar, pois, na prática, verifica-se que não raras vezes o processo coletivo é abandonado ou mal gerido após a fase de conhecimento, comprometendo sobremaneira a sua efetivação. A crítica fica por conta da possibilidade deste agente ter “acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”. Faz parecer que o fiscalizador poderá, por exemplo, quebrar o sigilo bancário ou fiscal das pessoas, sem intervenção judicial, ao arrepio da Constituição Federal, em especial aos incisos X e XII do art. 5º, que trata das garantias fundamentais.<sup>22</sup>

O ideal, portanto, seria que o dispositivo dissesse de forma clara que o agente fiscalizador poderia requerer ao juízo medidas voltadas ao desempenho da função, dentre as quais, a quebra do sigilo bancário, financeiro, a obtenção de documentos, registros, atos etc.

## 8. A possibilidade de realização da audiência de conciliação a qualquer tempo (art. 90-P)

<sup>21</sup> “Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”.

<sup>22</sup> “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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)”.

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-P. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou relator poderá tentar a conciliação.*

O art. 90-P da minuta estabelece aquilo que deveria existir no CPC, de forma genérica para todos os procedimentos: que a conciliação pode ser buscada a qualquer tempo, inclusive no âmbito do tribunal, pelo relator do processo. Atualmente, apesar do Código dizer que a conciliação pode ser tentada “a qualquer tempo”,<sup>23</sup> inexistente a prática da realização de investidas conciliatórias nas instâncias superiores. Por isso, digna de reverência a proposta.

### 9. A possibilidade de realização de audiências pública (art. 90-Q)

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 90-Q. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial.*

*Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de amicus curiae.*

O último artigo da minuta prevê a possibilidade de realização de audiências públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Novamente, acertou a Comissão ao prestigiar o instituto das audiências públicas, tão afinado com os ideais democráticos e participativos que devem nortear os processos coletivos. O mesmo se diga em relação à previsão do *amicus curiae*, que pela primeira vez passa a ser admitido na primeira instância.<sup>24</sup>

## 10. Conclusões

Antes de mais nada, é preciso parabenizar a Comissão de Juristas, não apenas pelo trabalho feito, mas também pela bela iniciativa de divulgar suas minutas. Numa época em que os debates sobre os projetos de lei são feitos de forma superficial, a partir da discussão de ideias e conceitos, a Comissão de Juristas teve o desprendimento e, por que não dizer, a coragem, de apresentar os primeiros resultados de seu trabalho para a sociedade. Se as sugestões apresentadas por todos os segmentos da sociedade vierem a

<sup>23</sup> “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

<sup>24</sup> Necessário que se diga que o CPC projetado prevê a intervenção do *amicus curiae* em todos os processos, inclusive na primeira instância: “Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

ser incorporadas, como afirmado por seus representantes, será uma das mais democráticas iniciativas legislativas que já se teve notícia (fora, é claro, dos sistemas de participação direta, tais como o plebiscito, o referendo e o projeto de lei de iniciativa popular).

O texto, como visto, apresenta alguns problemas bem pontuais em determinados dispositivos. No geral, entretanto, sua avaliação é mais do que positiva, pois seu conteúdo é capaz de atender aos objetivos de modernização do CDC. Merecem destaque, dentre outros, a nova definição dos direitos individuais homogêneos, a definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva, a previsão do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, a previsão da imprescritibilidade das ações coletivas, a menção à defensoria pública no rol de legitimados, a previsão da adaptabilidade e da fungibilidade do procedimento, a retirada do efeito suspensivo *opi legis* dos recursos, a possibilidade de realização da audiência de conciliação e de audiências públicas, inclusive nas instâncias superiores, e a intervenção do agente fiscalizador e do *amicus curiae*.

Seja pacificando temas controvertidos ou inserindo novos institutos à tutela coletiva, a Comissão de Juristas logrou produzir uma minuta preliminar de qualidade e, que se for aprovada, desencadeará uma nova era, não apenas na seara consumeristas, mas também na tutela coletiva de uma maneira geral.

## 11. Referências bibliográficas:

BLACKMAN, John S., *Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>, acessado em 22/09/2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**, in Revista do Advogado, Ano XXVI, nº 89, dez/06.

\_\_\_\_\_. Parecer lavrado para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia)

MEDINA, José Miguel Garcia. **Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC**. Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em: 22/09/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**, in **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública** (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000.

WATANABE Kazuo *et al*. **Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003.



## A FUNÇÃO TUTELAR DA JURISDIÇÃO

*Filipe Guimarães*

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** O estudo tem por objeto a análise e a crítica das principais teorias clássicas a respeito da função da jurisdição, sempre elaboradas na perspectiva do Estado. O estudo pretende demonstrar a inadequação dessas teorias clássicas e apresentar uma proposta de reinterpretação do conceito de jurisdição à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the main classical theories regarding jurisdiction and its role, which have been drawn up under the State's point of view. The study also intends to show the inadequacy of these classical theories and propose a reinterpretation of the concept of jurisdiction in light of the foundations of the democratic State under the rule of law.

**Palavras-chave:** Jurisdição – Positivismo – Estado – Lei – Interesses privados.

**Keywords:** Jurisdiction – Legal positivism – State – Law – Private interests.

**Sumário:** 1. Introdução. – 2. Antecedentes Históricos. – 3. A definição de Giuseppe Chiovenda. – 4. A definição de Francesco Carnelutti. – 5. Críticas às teorias clássicas. – 6. Conclusão: jurisdição como atividade destinada a tutelar os direitos dos particulares. – 7. Bibliografia.

### 1. Introdução.

Como o título sugere, o objeto do presente estudo é a jurisdição. Junto da ação e do processo, a jurisdição é um instituto basilar da teoria geral do processo, o que por si só justifica a importância de levar a efeito estudos mais aprofundados sobre sua origem, características e funções principais. O texto foca na necessidade de reconstrução de uma teoria sobre o conceito de jurisdição.

Os novos ares respirados pelo direito processual de nosso tempo parecem afastar o instituto de definições que entendemos ultrapassadas, sempre colocando a jurisdição

como instrumento a serviço do Estado, aplicado no seu único e exclusivo interesse. As definições cunhadas por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, sem embargo da grande importância que tiveram e da evolução que representaram, encontram-se aprisionadas em ideologias e modos de enxergar o fenômeno processual há muito superados. No entanto, são estas definições que até os dias atuais servem como referência para o estudo do instituto. É comum, nesse sentido, apresentar a jurisdição como meio para fazer atuar as normas, para preservar a integridade do ordenamento, enfim, para garantir o império da lei. A jurisdição sempre foi vista, entre nós, como atividade destinada a satisfazer imediatamente os interesses do próprio Estado, único titular do poder jurisdicional, e apenas mediamente satisfazer o interesse do particular que ocorre ao Judiciário na esperança de ver seu direito subjetivo protegido. Será que ainda é possível observar o fenômeno sob esse ponto de vista?

Não constitui preocupação central desse estudo a análise das diversas classificações do instituto e assuntos a elas relacionados, o que demandaria uma investigação de maior fôlego. Referências a classificações e assuntos correlatos serão feitas apenas na medida em que se revelem úteis para a compreensão do conceito de jurisdição – precisamente por esse motivo, não nos ocuparemos de institutos importantes, tais como a jurisdição voluntária, por exemplo.

Começaremos, portanto, com uma breve incursão sobre os antecedentes históricos da jurisdição, em que serão analisadas as origens primitivas do instituto e o seu desenvolvimento, especialmente no direito romano, conferindo-se algum destaque aos novos modelos propugnados pelo Estado Liberal. Na sequência, serão analisadas algumas das principais definições de jurisdição já elaboradas, com enfoque naquelas que historicamente assumiram maior relevo e fincaram as bases para as que lhes sucederam: falamos aqui expressamente das teorias de Giuseppe Chiovenda e de Francesco Carnelutti. Esperamos, desta forma, pavimentar o caminho necessário para estabelecer mais à frente as nossas próprias conclusões sobre o que é jurisdição e qual é a sua função primordial no Estado Democrático de Direito.

Se, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que se trata de uma análise meramente teórica, limitada à análise e à reformulação de conceitos – ou mesmo à defesa de uma “simples” mudança de enfoque –, uma reflexão mais cuidadosa permitirá compreender que, por trás desses conceitos e definições sobre alguns dos principais institutos do processo, encontra-se uma acalorada discussão sobre a forma como se estabelecem as relações entre cidadãos e Estado. E não parece desnecessário dizer que o modo de compreender a natureza e os limites dessas relações revela-se uma condicionante para a formulação ou a defesa de qualquer conceito. É precisamente esta a ideia que nos guiou ao longo do estudo.

## **2. Antecedentes Históricos.**

Desde a Antiguidade, a jurisdição é uma função estatal e, ao menos nos países que compõem a família do *civil law*, sempre esteve relacionada à exigência dos soberanos de verem observadas as normas, representativas da sua própria autoridade. Em tempos imemoriais, a jurisdição era exercida pelo próprio soberano, deus vivo, único capaz de conhecer e revelar a vontade divina. Eram tempos em que o direito era o costume e este, por sua vez, apresentava-se impregnado de elementos religiosos e mitológicos. Predominava então o ritualismo e o caráter simbólico dos atos. O Direito romano primitivo apresentava diversos pontos de convergência com o direito arcaico, em que a interferência do Estado se dava na medida em que fosse possível alcançar a paz pública interna, condição para a o fortalecimento do próprio Estado e para sua capacidade de evolução<sup>1</sup>. Em estágio ainda embrionário de desenvolvimento, Roma conheceu uma jurisdição envolta no misticismo religioso, prestada pelos pontífices.

Posteriormente, notadamente em razão da expansão dos conflitos decorrente do desenvolvimento do comércio, o direito romano conheceu outra forma de administrar justiça, através de funções acumuladas no corpo administrativo, o que evidencia que não havia até então a constituição de um poder judicial autonomamente estruturado. Assim, conviveram dois institutos para a proteção dos direitos: a *actio* e a *interdicta*, sendo apenas o primeiro capaz de desencadear a função jurisdicional<sup>2</sup>, eis que os interditos possuíam caráter de ordem, de natureza administrativa e não jurisdicional. Os interditos eram entendidos como atos de vontade, em contraposição aos atos de inteligência que correspondiam à declaração de existência de um direito. É bem verdade que essa concepção de jurisdição estava fortemente atrelada à noção de declaração de direitos, limitando-se ao procedimento da *ordo iudiciorum privatorum*, que “*consistia na faculdade atribuída a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma aplicável a um determinado caso concreto*”<sup>3 4</sup>. O procedimento se desenvolvia em duas fases distintas, a primeira diante do pretor, para fixação dos termos da controvérsia, e a segunda diante do *iudex*, a quem cabia julgar soberanamente em nome do *populus*<sup>5</sup>.

Na Europa, fragmentada em senhorios independentes, conviveram regimes de poder diversos (quando não superpostos) durante toda a Idade Média. A jurisdição era exercida concomitantemente pelo rei e pelos senhores feudais (jurisdição senhorial),

---

<sup>1</sup> José Rogério Cruz e Tucci. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 12-13.

<sup>2</sup> Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Com efeito, os romanistas modernos negam o caráter jurisdicional aos interditos. A respeito, confira-se Pablo Fuenteseca, in *Investigaciones de derecho procesal romano*. Salamanca, 1969, pp. 143-144; e G. I. Luzzatto in *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna, 1965, p. 221, ambos citados por Ovídio A. Baptista da Silva, pp. 24-25.

<sup>3</sup> José Rogério Cruz e Tucci. Op. cit., p. 18.

<sup>4</sup> Sobre este ponto, parece oportuno o alerta de Pugliese, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, no sentido de que o direito romano não era um sistema de direito escrito (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 23).

<sup>5</sup> José Rogério Cruz e Tucci. *Jurisdição e poder*, p. 18.

exatamente como reflexo da dispersão do poder<sup>6</sup>. Além disso, a própria Igreja (através do que ficou conhecido como *jurisdição eclesiástica*) detinha o poder de conhecer e decidir várias questões “*em matéria secular, quando interessados os eclesiásticos, e, privativamente, todos os assuntos espirituais, tendo as suas sentenças efeitos civis*”<sup>7</sup>.

Com a formação dos Estados Modernos, que teve início no período histórico conhecido como absolutismo, o poder foi centralizado. A jurisdição, como emanção de poder, haveria também de ser monopolizada pelo Estado absoluto, o que representou um primeiro passo para a conformação da jurisdição tal como a conhecemos hoje<sup>8</sup>. É fora de dúvida, porém, que esse período histórico caracterizou-se pela soberania irrestrita do monarca, que se colocava acima da lei e dos juízes. Não se pode falar aqui de jurisdição como atividade exercida por órgão independente ou imparcial em sentido estrito.

Mais tarde, a vitória das ideologias liberais no continente europeu, impulsionadas pelo Iluminismo e pelo seu arcabouço teórico, foi determinante para a criação de uma teoria de separação de poderes. A desconfiança em relação aos juízes (classe ainda extremamente comprometida com a nobreza aristocrática, um indesejado vestígio do período superado e contra a qual se voltaram as classes emergentes de origem mais popular) e a crença na capacidade da lei de prever todas as situações possíveis findaram por apequenar a função atribuída aos magistrados, impedidos que estavam de exercer qualquer atividade criadora de direitos<sup>9</sup> (consagrou-se a expressão “boca da lei” para designar o juiz da época, justamente para demonstrar que a ele não cabia qualquer tarefa inovadora, senão a de pinçar a norma genérica do ordenamento objetivo – que se supunha completo – e aplicá-la ao caso concreto<sup>10</sup>).

Como aponta Lopes da Costa, a evolução não se fez de um salto. Primeiro, a função desempenhada pelo Estado se resumiu à declaração do direito, sinal disso é a

---

<sup>6</sup> Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e competência*, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

<sup>7</sup> Gabriel Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil, volume I*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1948, p. 89.

<sup>8</sup> Ovídio A. Baptista da Silva pontua que a jurisdição, tal como hodiernamente conhecida, surgiu apenas no momento em que o Estado assumiu independência, desvinculando-se de valores religiosos (Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil, vol. 1, Tomo I*, 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11).

<sup>9</sup> Como acentua Luiz Guilherme Marinoni, os parlamentos europeus reservaram para si o poder político, no que se serviram do princípio da legalidade. Essa hegemonia do parlamento teve como contraposição um encolhimento do executivo e do judiciário. Nas palavras do autor: “*Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade*” (in *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25).

<sup>10</sup> É ainda atribuída a Montesquieu a assertiva de que o “poder de julgar” é um “poder nulo”, o que expressa com ênfase a ideia de que a função do judiciário seria meramente afirmar o que já foi dito pelo legislativo.

palavra que designa essa função: jurisdição (*ius dicere*)<sup>11</sup>. A jurisdição sempre foi expressão de poder. Não por outro motivo, o império romano se preocupou em prover meios recursais cuja apreciação cabia ao próprio imperador, para que pudesse julgar as impugnações contra os julgados proferidos nas mais remotas localidades. Garantia-se, assim, o controle sobre os atos de poder através da aplicação da lei romana, expressão de poder do imperador, em toda a extensão territorial do império. Além disso, acenando aos bárbaros a justiça romana, supostamente melhor do que as locais, introjetava-se na consciência coletiva dos povos subjugados a ideia de que a dominação romana era positiva e que tendia a lhes trazer maiores benefícios<sup>12</sup>.

Nota-se, ainda, que os diversos modos de compreender a jurisdição receberam o influxo das ideologias dominantes em cada período histórico. Com efeito, não se pode negar que processo é expressão cultural. Os institutos de direito processual naturalmente são formulados e interpretados de acordo com o padrão cultural de um povo em uma determinada época.

Traçado este brevíssimo panorama histórico, passamos ao que propriamente consideramos o objeto do presente estudo: investigar se as definições de jurisdição propagadas nos dias de hoje correspondem ao grau de cultura e ao momento histórico vivido pelo direito processual.

### 3. A definição de Giuseppe Chiovenda

Parece conveniente nesta parte do estudo conferir algum destaque àquelas teorias que angariaram muitos adeptos na Europa e no Brasil, servindo de referência até os dias de hoje. Trata-se de teorias seminais sobre a função jurisdicional que fincaram as bases para os estudos que se seguiram ao longo do século XX.

Giuseppe Chiovenda (1872-1937) foi professor da Universidade de Roma e sua produção científica mais profícua se deu no início do século passado (é de 1903 a famosa Conferência de Nápoles, que originou a publicação do seu festejado *L'Azione nel sistema dei diritti*). Chiovenda foi um pioneiro e consolidou a transição do processo civil para uma nova fase. Com efeito, o advento da obra de Chiovenda é com frequência indicado como parte final de uma transição que se iniciara anos antes pelo trabalho de

---

<sup>11</sup> Alfredo de Araújo Lopes da Costa. *Manual Elementar de Direito Processual Civil, atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 15. Vicente Greco Filho subdivide o sistema de efetivação de direitos em três fases distintas, não compartimentadas em termos cronológicos: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Na terceira etapa, o Estado passou a manter “*órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei*” (In *Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30).

<sup>12</sup> Leonardo Greco. “Princípios de uma teoria geral dos recursos”, In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, volume V, janeiro-junho de 2010, pp. 5-62, esp. p. 8.

Ludovico Mortara e sua ênfase na representação do processo como instituto de natureza pública. Era a transição da escola exegetica para a chamada escola histórico-dogmática.

Seus estudos são de grande importância para a formação da ciência processual. As pesquisas que levou a efeito a respeito de temas centrais, tais como ação e jurisdição, servem até hoje como referência, sendo nítida a influência que exerceram sobre toda a produção científica que lhe sucedeu.

É Chiovenda o responsável pela teoria segundo a qual a jurisdição seria a atuação da lei mediante a substituição da atividade dos particulares pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e pondo-a em prática<sup>13</sup>. A teoria de Chiovenda é de forte e inegável inspiração positivista, pois, ao enxergar na jurisdição o poder do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, equiparou o direito à lei – presumindo-se a completude e a coerência do ordenamento jurídico, que disporia de normas suficientes para solucionar todo e qualquer tipo de conflito, estabelecendo interessante paralelo entre *soberania, lei e jurisdição*<sup>14</sup>. A tarefa dos juízes seria afirmar e atuar aquilo que eles próprios considerassem como sendo a vontade concreta da lei, em uma atividade subsuntiva em que os fatos são considerados a *premissa menor*, a norma a *premissa maior* e a sentença a *síntese*.

Essa concepção puramente positivista levou Chiovenda a formular sua teoria tendo sempre a lei como pedra de toque, afinal, a lei era entendida como o próprio direito. Vem daí a ideia de sentença como *a lei do caso concreto*, porque, para Chiovenda, a sentença teria o condão de declarar a norma pré-existente. Com base nesta premissa, e inspirado na doutrina alemã, Chiovenda passou a defender a natureza de jurisdição na atividade desempenhada pelo magistrado na execução forçada, porque também se trata de conferir atuação à norma mediante uma atividade de substituição<sup>15</sup>.

Chiovenda distinguiu duas funções muito nítidas do Estado: a de fazer as leis e a de aplicá-las. Enquanto o administrador atua no limite da lei (porque ela define o espaço dentro do qual sua atuação é legítima) em busca da consecução do bem comum, o juiz tem por finalidade promover a atuação da lei, realizando o direito objetivo<sup>16</sup>. Daí ter falado em jurisdição como uma atividade *secundária*<sup>17</sup>. A doutrina de Chiovenda foi seguida, na Itália, por processualistas como Piero Calamandrei, Ugo Rocco, Marco

---

<sup>13</sup> Giuseppe Chiovenda. *Principios de derecho procesal civil, tomo I*. Tradução da terceira edição por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977, p. 377.

<sup>14</sup> Giuseppe Chiovenda. *Idem*, p. 380.

<sup>15</sup> Giuseppe Chiovenda. *Idem*, p. 379.

<sup>16</sup> Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil, vol. 1, Tomo I, 8 ed. rev. e atual.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

<sup>17</sup> Giuseppe Chiovenda. *Op. cit.*, p. 374. Não é incomum referências à jurisdição como atividade complementar da atividade legislativa. Athos Gusmão Carneiro inicia seu estudo sobre jurisdição e competência com a afirmação de que, sob certo aspecto, o juiz age como *longa manus* do legislador ao transformar as normas genéricas em comandos concretos (*Jurisdição e competência*, p. 3).

Tullio Zanzuchi, Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> e, no Brasil, contou com a importante adesão de Moacyr Amaral Santos<sup>19</sup>.

Na Europa, a doutrina de Chiovenda repercutiu fora da Itália. Também de forte inspiração positivista é a definição de Víctor Fairén Guillén. Baseada na doutrina de Chiovenda, o professor espanhol distinguiu a administração da jurisdição indicando que a primeira seria atividade primária e a segunda uma atividade secundária, substitutiva, porque cabe a ela restaurar a ordem jurídica. Também aduziu que a administração aplica princípios políticos, sociais, econômicos em função de suas próprias oportunidade e utilidade. Já a jurisdição seria responsável por aplicar o direito objetivo, inclusive se considerada injusta a solução dada pelo texto normativo – asseverou o autor que, nesses casos, o juiz não poderia negar a aplicação da lei, podendo apenas suscitar a “cuestión de inconstitucionalidad” se a lei aplicável contivesse algum vício desse tipo<sup>20</sup>. Diante de uma injustiça decorrente da aplicação da lei ao caso concreto, e não sendo a hipótese de uma inconstitucionalidade que permita ao magistrado suscitar o incidente acima indicado, seria o caso de comunicar ao poder legislativo com vistas à reforma da lei – o apego ao texto normativo é mais do que evidente.

#### 4. A definição de Francesco Carnelutti.

Francesco Carnelutti (1879-1965) foi contemporâneo de Chiovenda e entre suas principais obras encontram-se estudos sobre direito probatório, execução e sentença condicional. Ao longo da vida, viu-se envolto em candentes polêmicas com estudiosos do seu tempo. Sua obra passou ao largo de investigações mais profundas sobre a ação e suas condições, que sempre figuraram de forma destacada na obra de autores<sup>21</sup>.

Carnelutti definiu jurisdição como *a justa composição da lide*, mediante uma sentença declarativa. Desenvolveu sua teoria tendo a *lide* (o conflito de interesses qualificado pela pretensão e pela resistência) como ponto de partida e de chegada. Seria a lide o fenômeno que autoriza a deflagração do processo, assim como seria a lide o objeto da jurisdição, aquilo a que jurisdição se destina a resolver. A teoria está calcada na tese da jurisdição como função do Estado de pacificar os conflitos de interesse. Nota-

---

<sup>18</sup> Especialmente sobre o pensamento de Luigi Ferrajoli, confira-se o estudo de Michele Taruffo, “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, in *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-29, esp. p. 23.

<sup>19</sup> Segundo Moacyr Amaral Santos, jurisdição é a função “que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes” (In *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67).

<sup>20</sup> Víctor Fairén Guillén. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 106.

<sup>21</sup> Sobre esta perspectiva histórica da obra de Francesco Carnelutti, confira-se Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 281-282.

se aqui uma concepção que a lei é insuficiente para solucionar as controvérsias, sendo imprescindível a atividade do juiz.

A sentença integra o ordenamento, tornando concreta a norma abstrata para compor a lide. Daí se dizer que a teoria de Carnelutti sobre a jurisdição é adepta da teoria unitarista do ordenamento jurídico, em contraposição à teoria dualista, a que se filia a teoria de Chiovenda.

Importante repercussão da doutrina de Carnelutti é encontrada na obra de seus compatriotas Corrado Ferri e Crisanto Mandrioli. Fora da Itália, a concepção de Carnelutti ganhou a adesão de James Goldschmidt, que afirmou que a jurisdição civil é a faculdade e o dever de administrar justiça nos litígios civis, o que compreende instituir tribunais civis, regular e inspecionar o seu funcionamento (o que mais se aproxima de uma definição sobre o modo de prestação da jurisdição) e a determinação, no caso concreto, da existência dos pressupostos da pretensão de tutela jurídica e, caso seja positivo esse juízo, a outorga da tutela<sup>22</sup>. Curiosamente, ao diferenciar a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, James Goldschmidt asseverou que a atuação da jurisdição não prescinde de “um verdadeiro litígio”, acrescentando que não haveria necessidade de que exista uma luta de opiniões, mas sim uma disputa entre duas esferas jurídicas individuais quando uma exige algo às custas da outra<sup>23</sup>.

## 5. Críticas às teorias clássicas.

A crítica à doutrina de Chiovenda parte da constatação de que este eminente processualista italiano desconsiderou que a atividade de aplicação da lei também contém algo de inovador, porque também é capaz de *criar* o direito, não se limitando, portanto, à declaração de uma vontade da lei, algo preexistente à decisão. Se a jurisdição é a aplicação de normas substanciais a hipóteses de fatos concretos e o juiz é um mero aplicador de normas pré-existentes, deve ser encarada com perplexidade a circunstância de que muitas vezes o juiz é chamado a decidir situações mesmo à inexistência de normas pré-constituídas. Nesses casos, o juiz deve recorrer a outras fontes em busca do critério de julgamento. Essas situações evidenciam que a tarefa do juiz está também em buscar e eventualmente criar a regra substancial de julgamento. Forte na ideia de que *rights precede remedies*, a função da jurisdição não é apenas a de declarar direitos, mas também a de criar direitos que antes não existiam e que venham a se constituir quando há pronunciamento de uma autoridade judicial que os reconhece<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> James Goldschmidt. *Derecho procesal civil*, tradução da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro.. Editorial Labor: Madrid, 1936, p. 118.

<sup>23</sup> James Goldschmidt. *Idem*, p. 126.

<sup>24</sup> Michele Taruffo. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, Op. cit., pp. 27-28. O autor faz expressa menção à Constituição Brasileira, que encarrega o juiz de assegurar a realização dos direitos fundamentais, mesmo diante da ausência de normas, o que deixaria claro que, neste mister, à jurisdição foi atribuída uma função supletiva em relação aos demais poderes do Estado.

A norma jurídica é abstrata, não passa de um projeto de regulação da conduta humana. E esse projeto só está completo com a prolação da sentença que, normalmente com base no direito objetivo, cria, transforma. Ademais, a aplicação ou realização do direito objetivo não é atividade privativa da jurisdição, porque mesmo ocorre com os particulares que cumprem espontaneamente a lei ou se valem das normas para realizar atos jurídicos apto a produzir regulares efeitos.

Não obstante autorizadas vozes tenham se somado à de Carnelutti, sua teoria não está imune a críticas. Com efeito, ainda que tenha propugnado uma teoria diferente da elaborada por Chiovenda, Carnelutti também não escapa da premissa da supremacia da lei e esboça um raciocínio decisório que passa ao largo da verdadeira compreensão do caso concreto<sup>25</sup>. Ao sustentar que a função do juiz é criar uma norma individual com base na norma geral, Carnelutti está de certa forma reproduzindo o esquema piramidal de formulado por Kelsen, segundo o qual uma norma retira seu fundamento de validade da norma que se encontra em um grau hierárquico imediatamente superior. Enquanto na teoria de Chiovenda o juiz declara uma norma geral sem produzir norma individual, Carnelutti formulou uma teoria segundo a qual o juiz cria uma norma individual com base em uma norma geral expressamente declarada na fundamentação da decisão.

A teoria de Carnelutti não nos parece satisfatória, porque parte do pressuposto de que, em qualquer hipótese, a jurisdição só se aplica diante da existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. No entanto, a lide não é um elemento essencial à jurisdição<sup>26</sup> – nos dias que correm, não restam dúvidas sobre o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária, que há muito deixou de ser vista como administração pública dos interesses privados, conceito que apequena sua importante função na administração da justiça. Além disso, não concordamos com a presunção de que a adjudicação compulsória, resultado de solução imperativa dada pelo Estado, seja suficiente para eliminar um conflito de interesses. A jurisdição não pacifica os litigantes. Em primeiro lugar porque as partes possuem ampla liberdade para delimitar os fatos e formular os pedidos e daí decorre a conclusão de que, possivelmente, nem todo o conflito encontra-se reproduzido no processo<sup>27</sup>. Além disso, na melhor das hipóteses, o ato imperativo satisfaz a pretensão de uma das partes e é causa de insatisfação da outra (isso quando não é causa de insatisfação de ambas), não resolvendo a controvérsia e, por vezes, acirrando os ânimos e acentuando ainda mais as divergências.

---

<sup>25</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91-92.

<sup>26</sup> Confira-se a respeito Alexandre Freitas Câmara. “A lide como elemento accidental da jurisdição”. In *Civil Procedure Review*, v. 2, n.º 1, janeiro-abril de 2011, pp. 57-64, *passim*.

<sup>27</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28

As inúmeras críticas dirigidas aos conceitos de Chiovenda e de Carnelutti, aqui tão sucintamente relatadas, já seriam suficientes para negar, nos dias atuais, uma concepção de jurisdição baseada em uma concepção puramente positivista do fenômeno jurídico. Vistas sob este prisma, as teorias mais se aproximam do que divergem. Não há diferença substancial entre declarar uma norma para o caso concreto e criar uma norma individual pela particularização da norma geral para as partes.

## **6. Conclusão: jurisdição como atividade destinada a tutelar os direitos dos particulares.**

Repetimos então a pergunta da introdução: será que ainda é possível observar a jurisdição sob o ponto de vista do Estado ou da lei? A toda evidência, a resposta deve ser negativa. Como já salientado, as instituições e os modelos devem ser reinterpretados sob a lógica do Estado Democrático de Direito, que elegeu a dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento. A função da jurisdição não pode ser vista como a preservação da autoridade do ordenamento ou a aplicação da vontade concreta da lei. A jurisdição, como manifestação de poder do Estado, se exerce em razão do homem e apenas na medida em que lhe seja útil.

Voltamos um pouco no tempo para dizer que, antes mesmo de serem forçadas as teorias clássicas sobre a jurisdição, a escola exegetica, sob a influência do positivismo jurídico e do movimento iluminista, acentuou a ideia da necessidade de defesa da esfera de liberdade individual, o que conferia à jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos, viabilizando a reparação do dano – é precisamente a ideia da não interferência do Estado na vida dos cidadãos ou, melhor dizendo, de interferência apenas se e quando necessário. A figura da tutela preventiva era absolutamente desconhecida. Essa concepção privatista cede terreno à teoria da afirmação do direito objetivo, uma guinada rumo a uma concepção publicista de processo pelas mãos de Ludovico Mortara<sup>28</sup>, a quem é creditada a transição da escola exegetica para a histórico-dogmática fundada por Chiovenda<sup>29</sup>, embora nem sempre suas ideias tenham convergido<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Especialmente na sua obra *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano: Vallardi, 1923.

<sup>29</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

<sup>30</sup> É o próprio Chiovenda quem trata de diferenciar seu conceito de jurisdição do defendido por Mortara. Segundo Chiovenda, Mortara teria tratado da *substituição* em um sentido diferente, porque estaria se referindo à falta de consentimento dos particulares como elemento a ser substituído pela atividade do magistrado; além disso, teria excluído da jurisdição grande parte das atividades tipicamente executivas (Op. cit., p. 378). Sobre este segundo ponto, inevitável é a referência aos romanistas modernos, já indicados acima, que trataram de excluir o caráter jurisdicional dos interventos. Essa separação entre a atividade normativa e a prática reproduz uma perspectiva rigidamente formal do direito, que conserva a jurisdição puramente no campo das declarações e evita o contato com o mundo fenomênico (Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 36).

Mais modernamente, no entanto, encontra-se na pauta dos processualistas a busca pela justiça substancial, que almeja a justiça não só no fim do caminho, mas a justiça do próprio caminho. E esse novo olhar que se lança sobre a nossa ciência se reflete não apenas na busca por novos conceitos, mas também (e talvez principalmente) pela revisão de velhos conceitos, até então aparentemente pacificados.

Importante registrar que o conceito de jurisdição é um conceito em evolução<sup>31</sup>. É que “os grandes conceitos que entram na construção de uma teoria geral do processo expressam conotações históricas”<sup>32</sup>. Como vimos de dizer, Chiovenda formulou seu conceito de jurisdição absolutamente vinculado aos ideais positivistas vigentes à sua época, o que é de todo compreensível, afinal, Chiovenda foi um homem do seu tempo. É a própria evolução do pensamento do homem, impregnado pelos ideais de comunidade cambiantes ao longo do tempo, que irá determinar o que se entende por jurisdição.

Justamente por conta disso, não nos parece possível, hoje, sustentar o mesmo conceito de jurisdição defendido há quase um século atrás. O direito processual já há muito se libertou do processualismo científico do século XIX – com efeito, neste estágio de desenvolvimento da ciência processual, era natural que os conceitos fossem construídos para reafirmar continuamente o rompimento dos laços que prendiam o processo ao direito material, eis que o primeiro era visto como apêndice do segundo. O processo deu então uma guinada em direção à efetividade, frutos de obras importantes de juristas que lograram perceber que o belo invólucro construído pelo processualismo científico não era suficiente para fazer com que o processo cumprisse os seus reais objetivos. Era preciso dotar nossa ciência de ferramentas para que os objetivos maiores fossem efetivamente alcançados. As ondas do acesso à justiça revelaram a importância de fazer com que o processo se tornasse instrumento também a serviço dos menos favorecidos. Revelou, ainda, a conveniência, e por vezes mesmo a necessidade, de determinados direitos serem tutelados coletivamente.

Como assevera José Rogério Cruz e Tucci, a história nos revela que, no direito arcaico, a jurisdição era exercida mediante a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas não no interesse das partes envolvidas ou de um ideal de justiça, mas no seu próprio interesse de obtenção da paz pública interna, condição indispensável para o seu próprio fortalecimento e evolução<sup>33</sup>. No império romano, foi clara a preocupação de garantir que a jurisdição fosse prestada por romanos aos povos dominados. Em um império de dimensões continentais, era necessário revelar o lado positivo da dominação, evitar rebeliões e sufocar revoltas. O próprio imperador se colocava como instância

---

<sup>31</sup> Leonardo Greco. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

<sup>32</sup> Nelson Saldanha. “Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção”. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n.º 107, jul.-set. de 1990, pp. 165-168, esp. p. 167.

<sup>33</sup> José Rogério Cruz e Tucci. *Op. cit.*, pp. 12-13.

revisora, fortalecendo a crença na benevolência dos dominadores na consciência coletiva, dispostos a conceder paternalmente uma justiça muito melhor do que as locais. A função da jurisdição era mediatamente assegurar o império da lei romana e, imediatamente, garantir a integridade do próprio império.

Sob o primado da lei, a jurisdição passou a ser vista como a aplicação da sua vontade concreta. Era tempo de engessar a atividade criadora do juiz, que representava o modelo de Estado superado pela revolução burguesa. A lei sim, porque resultante da Assembléia Popular, seria ferramenta legítima para pacificar conflitos, de modo que o magistrado deveria limitar-se a declarar a norma, não interpretá-la, não construir o direito.

Mais modernamente, o período pós-guerra na Europa intensificou um movimento de prestígio do homem (que, no Brasil, culminou tardiamente com a Constituição de 1988). É o homem quem está no centro do ordenamento, não a lei ou o Estado. As instituições, as leis, os juízes, os Estados, tudo gravita em torno do homem. É em razão dele que todos os demais elementos são compreendidos e interpretados. Não por outra razão, modernamente foram criados monumentos legislativos que colocam o homem como ponto de referência e elegem o primado da dignidade da pessoa humana como elemento fundante da ordem jurídica.

É chegado o momento de definir nossas próprias premissas e defender nosso próprio conceito de jurisdição. Uma coisa é a função da jurisdição no processo civil, outra é o meio pelo qual esta se desenvolve ou é prestada. E outra absolutamente diferente é o efeito produzido pelo seu exercício.

Nessa ordem de convicções, parece possível dizer que a função precípua da jurisdição é a de tutelar as situações jurídicas de vantagem dos particulares, o que normalmente se faz mediante a aplicação do direito (ou da “vontade concreta da lei”, para usar a expressão consagrada por Chiovenda). Finalizada a atividade, tem-se que o juiz pode de algum modo ter prestigiado o ordenamento (apenas na medida em que foi aplicado), mas ainda temos dúvidas sobre se é possível falar aqui em preservação da integridade do ordenamento, o que José Roberto dos Santos Bedaque sugere ser o escopo da jurisdição<sup>34</sup>. Da mesma forma, a finalidade da jurisdição não pode ser entendida como a preservação ou aplicação das leis, que nada mais é do que o parâmetro utilizado pelo Estado para reconhecer e proteger os interesses dos particulares, porque tais interesses são tutelados na medida em que estejam agasalhados pelo ordenamento objetivo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> A ideia aparece em várias passagens do seu *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, *passim*.

<sup>35</sup> “A definição de jurisdição como atuação da vontade da lei, embora aparentemente sedutora como fruto da supremacia do legislador representativo da vontade popular, é insatisfatória na medida em que conduz à errônea conclusão de que a sua finalidade precípua seja efetivar o cumprimento e a

Joan Picó i Junoy, declaradamente adepto de uma postura intermediária entre publicistas e revisionistas, compartilha da ideia de que o processo é instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados. Embora ressalve que o processo é função pública desempenhada pelo Estado (*“interesado no melhor cumprimento dessa função”*), é clara sua inclinação por uma concepção em que o centro de gravidade está no interesse das partes, razão de ser da função jurisdicional<sup>36</sup>.

Adolfo Alvarado Veloso, por sua vez, parece entender que a tutela dos direitos dos cidadãos na verdade é meio para que se alcance a paz social, verdadeiro objetivo da jurisdição, ao sustentar que *“para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social, lo que sólo puede conseguirse garantizando la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas”*<sup>37</sup>.

Com efeito, e na forma sustentada por Leonardo Greco<sup>38</sup>, nos países de direito escrito, a jurisdição é entendida como instrumento da lei, porque o juiz busca no rol das normas de comportamento aquela que se amolda à situação concreta que lhe é submetida a exame, transformando assim a norma abstrata em norma concreta. No entanto, e não obstante se entender que a lei é fator determinante nesse processo, a finalidade da jurisdição não é efetivar o cumprimento da lei, muito menos preservar a autoridade do ordenamento<sup>39</sup>. Se assim o fosse, seria lícito pensar em jurisdição como um poder que pode ser exercido de ofício. Seria também o caso de negar a jurisdição por equidade, admitida amplamente<sup>40</sup>. Em razão disso, nos parece melhor a definição de

---

*observância da lei. Sem dúvida, o exercício da jurisdição pressupõe a busca, no ordenamento jurídico do Estado, das regras de comportamento que esse estabeleceu para regular a vida em sociedade; mas a finalidade da jurisdição não é preservar ou aplicar essas normas, embora indiretamente ela o faça”* (Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 71).

<sup>36</sup> “Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función” (Joan Picó i Junoy. “El derecho procesal entre el galantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 110).

<sup>37</sup> Adolfo Alvarado Velloso. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 220.

<sup>38</sup> Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*, p. 71.

<sup>39</sup> A ideia também foi expressa por Leonardo Greco, em *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, Op. cit., p. 54.

<sup>40</sup> O Código Civil Suíço contém previsão que autoriza o juiz a decidir segundo o costume e, na falta deste, conforme as normas que estabeleceria caso fosse legislador (*“Art. 1: (1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. (2) A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. (3) Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”*).

jurisdição como sendo a atividade exercida com vistas à tutela dos direitos e interesses subjetivos – ainda que o faça através do direito objetivo<sup>41</sup>.

Por fim, cabe uma advertência. O conceito que defendemos de jurisdição não pode ser confundido com uma inclinação pelo processo do século XIX, de que se tratou acima e que ainda hoje é exaltado por alguns processualistas<sup>42</sup>. Afinal, se o processo do século XIX podia ser definido como liberal, o era por indiferença dos juízes quanto ao drama humano e sua incapacidade de alcançar o impacto que suas decisões produziam sobre a vida dos cidadãos<sup>43</sup>. Falamos aqui dos juízes burocratas, nomeados pelo soberano – e por isso mesmo *longa manus* do seu poder político –, ocupantes de cargos que se transmitiam aos seus herdeiros e podiam até mesmo ser vendidos. Como já visto, essas características fizeram com que os revolucionários franceses diminuíssem consideravelmente a importância do Judiciário, visto como “poder menor”, “poder nulo”, instrumento do Legislativo; este sim um poder genuinamente soberano e representativo da vontade popular.

#### Referências Bibliográficas:

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “A lide como elemento accidental da jurisdição”. In *Civil Procedure Review*, v. 2, n.º 1, janeiro-abril de 2011, pp. 57-64.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, tomo I. Tradução da terceira edição por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (tradução da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro). Editorial Labor: Madrid, 1936.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

---

<sup>41</sup> À conta dessas evidências, considera Leonardo Greco que duas são as características fundamentais desse conceito eclético de jurisdição, quais sejam, “a imparcialidade em sentido lato dos responsáveis pelo seu exercício e a finalidade de tutelar interesses particulares” (In *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*, p. 73).

<sup>42</sup> Cf. Girolamo Monteleone, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In Juan Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 184/185.

<sup>43</sup> Leonardo Greco. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, outubro/2008, vol. 164, pp. 29/56, esp. p. 39.

- GRECO, Leonardo. “Princípios de uma teoria geral dos recursos”, In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, volume V, janeiro-junho de 2010.
- GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, outubro/2008, vol. 164.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUILLÉN FAIRÉN, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. In Juan Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Vallardi, 1923.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el galantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. In Juan Montero Aroca (org.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1948.
- SALDANHA, Nelson. “Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção”. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n.º 107, jul.-set. de 1990, pp. 165-168.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, Tomo I, 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. In *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-29.

## PRINCIPAIS INOVAÇÕES QUANTO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROJETO DE NOVO CPC<sup>1</sup>

*Flávia Pereira Hill*

Tabeliã. Mestre e Doutoranda em Direito Processual  
pela UERJ. Professora de Direito Processual Civil.

**Resumo:** O presente artigo se propõe a analisar criticamente as principais inovações no tocante aos meios de impugnação das decisões judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil, à luz dos princípios que nortearam os trabalhos realizados pela Comissão.

**Abstract:** This article aims to criticize, under a principled perspective, the main innovations regarding appeals brought forward by the Project of the new Brazilian Civil Procedure Code.

**Palavras-chave:** Recursos, Meios de Impugnação, Princípios Processuais, Projeto de Novo Código de Processo Civil.

**Key-words:** Appeals, Means of impugnation, Procedural Principles, Project of the new Brazilian Civil Procedure Code.

**Sumário:** 1- Introdução. Princípios Norteadores no novo sistema recursal. 2- Sucumbência Recursal. 3- Modulação de efeitos da alteração de precedente. 4- Consolidação dos poderes do Relator. 5- Inclusão de todos os recursos em pauta. 6- Unificação do prazo recursal. 7- Supressão do efeito suspensivo. 8- Deserção. 9- Prazo para publicação do acórdão. 10- Recursos interpostos por diversos litisconsortes. 11- Possibilidade de alteração dos votos até a proclamação do resultado. 12- Integração do voto vencido ao acórdão. 13- Homologação de Sentença Estrangeira. 14- Ação Rescisória. 15- Criação do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 16- Extinção dos Embargos Infringentes. 17- Recursos de Agravo. 18- Extinção do Agravo Retido. Recorribilidade diferida das decisões interlocutórias. 19- Apelação. 20- Agravo de Instrumento. 21- Agravo Interno. 22- Embargos de Declaração. 23- Recursos Especial e Extraordinário. 24- Recursos Repetitivos. 25- Embargos de Divergência. 26- Conclusão. 27- Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado a partir de Palestra ministrada pela autora no Seminário intitulado “Principais Inovações do Novo CPC – PL 8046/10”, realizado no dia 29/07/2011 na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ e organizado pelo Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

## 1. Introdução. Princípios norteadores no novo sistema recursal.

O Projeto de novo Código de Processo Civil dedica o Livro IV inteiramente à regulação “Do processo nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. A matéria, no Código de Processo Civil de 1973, atualmente em vigor, é regulada no Livro I, atinente ao Processo de Conhecimento, tendo para si reservados os Títulos IX (Do Processo nos Tribunais) e X (Dos Recursos). A opção da Comissão do Projeto de novo CPC por organizar a nova codificação em cinco Livros<sup>2</sup> fez com que a disciplina recursal ganhasse um Livro próprio, destacando-se, sob o ponto de vista topológico, do Processo de Conhecimento.

O Comissão de juristas adotou, claramente, como fio condutor do Projeto de novo CPC, os princípios da celeridade, da economia processual e da busca por um menor formalismo<sup>3</sup>, tendo este último como limite o respeito às garantias fundamentais do processo. E, inclusive em prol das necessárias coerência e unidade da codificação, verificamos que, de fato, também a nova sistemática recursal rende homenagens a tais princípios a cada inovação adotada, conforme veremos ao longo deste trabalho.

Ao declaradamente pautar os seus trabalhos nos princípios acima indicados, verifica-se que a Comissão — apesar de, com isso, não se eximir de críticas, mas, ao contrário, atrair para si questionamentos em torno do grau técnico e até mesmo da própria necessidade da elaboração de uma nova codificação<sup>4</sup> — optou por imprimir alterações com caráter pragmático, ou seja, procurou implementar alterações que, a seu

---

<sup>2</sup> Os cinco Livros do Projeto de novo CPC dividem-se em: Livro I – Parte Geral; Livro II – Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença; Livro III – Do Processo de Execução; Livro IV - do processo nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais e Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias

<sup>3</sup> A Exposição de Motivos do Projeto declara, especificamente, o seu propósito de simplificar o sistema recursal brasileiro, *in verbis*: “Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver **problemas**. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de **método** de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam **valores constitucionais**. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo. (...)O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo,<sup>6</sup> porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.” (Grifos no original).

<sup>4</sup> Diversos juristas, dentre os quais o eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira, apontam, há décadas, para a carência de levantamentos estatísticos a respeito das causas das mazelas que se buscam debelar com as reformas processuais. Argumenta-se, não sem razão, que a ausência de identificação precisa das causas acaba por tornar as alterações em “tiros no escuro”, sendo que, muitas vezes, a aplicação prática da nova lei termina por demonstrar a sua inaptidão para contornar os problemas, eis que estes se mantêm.

sentir, teriam o potencial para tornar o processo menos burocrático e formalista e, com isso, simplificá-lo para lhe imprimir um ritmo mais célere.

Não causa, pois, estranheza aos profissionais do direito que a Comissão tenha empreendido diversas alterações à luz dos princípios antes mencionados particularmente no Livro dedicado ao processo nos tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais, tema que ora nos interessa. Estamos há muito habituados às mais veementes críticas da sociedade especialmente ao sistema recursal brasileiro, tachado de extremamente complexo e fomentador do prolongamento desmesurado do processo.

Diante disso, compreende-se que o Projeto, imbuído do propósito de oferecer à sociedade um processo menos formal e mais célere, tenha se ocupado, com especial apuro, de simplificar a sistemática recursal e adotar medidas tendentes, ao menos em tese, a reduzir o impacto dos recursos na duração do processo. O objetivo de simplificar a sistemática recursal mostra-se, portanto, um desafio emblemático para os trabalhos da Comissão, representando, com especial clareza, o propósito central de deformalização e celeridade do processo. Sob tal ponto de vista, a análise das inovações à sistemática recursal descortina, de forma particularmente ilustrativa, todos os valores que norteiam o Projeto como um todo. Daí acreditarmos na relevância de se analisar o Livro IV para bem compreendermos, de um modo mais abrangente, os lineamentos gerais do Projeto.

Verifica-se, ainda, emergir um outro princípio que norteou particularmente a elaboração do Livro IV, ora objeto de nosso estudo. Trata-se do prestígio à uniformização e à estabilidade da jurisprudência<sup>5</sup>. Identificado até um passado recente como expediente típica e (quase) exclusivamente do sistema de “common law”, o Projeto de novo CPC vem agasalhá-lo, como forma de evitar decisões conflitantes, que comprometeriam a segurança jurídica<sup>6</sup> e a isonomia, na medida em que busca reduzir a probabilidade de que jurisdicionados que estejam em idêntica situação venham a receber soluções judiciais díspares.

---

<sup>5</sup> Marinoni e Mitidiero entendem que o Projeto, ao preferir trabalhar “com o plano da jurisprudência” em vez de “explicitar a necessidade de respeito aos precedentes em nossa ordem jurídica”, deu um passo adiante, embora pudesse ter avançado ainda mais. É o que se depreende a partir do seguinte trecho de sua obra, *in verbis*: “É claro que ainda assim dá um passo – o objetivo de promover o império do Direito entre nós, contudo, está bem mais além da passada e, certamente, em caminho algo diverso. É imperiosa a necessidade de *reconhecimento* da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais. É, enfim, imprescindível trabalhar no *plano do precedente*. Precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula não são termos sinônimos.” MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do novo CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT. 2010. P. 164. (Itálicos do original).

<sup>6</sup> A Exposição de Motivos destaca a importância dada ao tema pela Comissão, nos seguintes termos, *in verbis*: “Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.” (Grifos do original).

A especial importância dada à uniformização e à estabilidade da jurisprudência é revelada logo ao início do Livro IV, o qual é aberto com o artigo 882, encorajando a edição de súmulas da jurisprudência dominante pelos tribunais brasileiros, bem como a aplicação, pelos órgãos jurisdicionais inferiores, das orientações jurisprudenciais dos órgãos jurisdicionais superiores.

A redação dispensada ao inciso I do artigo 882 do Projeto já vem recebendo críticas, segundo as quais o Projeto poderia ter avançado de forma mais significativa quanto à valorização da jurisprudência, ao argumento de que a inserção da expressão “sempre que possível” denotaria não a obrigatoriedade, mas uma mera exortação a que os tribunais editem súmulas da jurisprudência dominante. Desde o início, vimos entendendo que, de fato, o artigo 882 representaria, acima de tudo, uma exortação, conclamando todos os magistrados brasileiros a adotar amplamente novos parâmetros, pautados pela aplicação da jurisprudência dominante do tribunal a que pertencem, bem como dos tribunais superiores.

No entanto, não consideramos de pouca monta a inovação contida no artigo 882. A abertura do Livro IV com o estabelecimento de novos critérios a serem adotados pelos julgadores demonstra, a nosso ver, a importância dada à uniformização da jurisprudência pelo Projeto. Acreditamos que a localização desse dispositivo legal, logo ao início do Livro IV, mostra-se simbólica e aponta para os novos rumos que o Projeto pretende dar ao processo.

Acreditamos que inaugurar o Livro IV com a previsão de que os magistrados deverão julgar em observância à jurisprudência dominante abre um novo panorama para o processo e marca uma clara opção por parte do legislador brasileiro no sentido de aproximar o sistema processual brasileiro do modelo de precedentes adotado pelos países de “common law”. Com efeito, já dávamos sinais de uma maior aproximação com o sistema de “common law”, ao regulamentarmos a súmula vinculante (Lei Federal nº 11.417/06), a repercussão geral (Lei Federal nº 11.418/06), os recursos repetitivos (Lei Federal nº 11.672/08), dentre outras medidas, no entanto, creditamos ao Projeto a expressa tomada de posição, logo ao início do Livro IV, pela estruturação dos julgamentos voltada abertamente à valorização da jurisprudência dominante. Trata-se, a nosso juízo, de uma inovação com caráter mais amplo do que inicialmente poderíamos entender, colocando, em verdade, o princípio da uniformização e da estabilidade da jurisprudência como um dos novos pilares do nosso sistema processual. E a abrangência dada ao tema revela-se inequivocamente inovadora.

Confirmando o propósito do Projeto de valorizar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, podemos apontar, ainda, a ampliação das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 997

e ss) e a criação do chamado “Incidente de resolução de demandas repetitivas”<sup>7</sup> (art. 930 e ss).

Feitas tais considerações gerais, passemos à análise das principais inovações trazidas pelo Projeto quanto ao tema que propomos abordar.

## **2. Sucumbência recursal:**

Embora não esteja situada no Livro IV, a primeira alteração merecedora de destaque no tocante à sistemática recursal consiste na instituição, no procedimento comum, da chamada “sucumbência recursal”, prevista no §7º do art. 87 do Projeto. Segundo o Projeto, o tribunal poderá, de ofício, condenar a parte que sucumbir em grau recursal ao pagamento de verba honorária específica, que não poderá totalizar mais de 25% para toda a fase de conhecimento.

Com isso, almeja-se desencorajar a interposição de recursos infundados pelas partes e, a partir da redução do número de recursos interpostos, busca-se imprimir maior celeridade ao processo, antecipando o trânsito em julgado da sentença e, assim, a solução final da causa.

Constata-se, assim, que a instituição dessa inovação alinha-se ao propósito inicial da Comissão de perquirir uma maior celeridade processual.

Acreditamos que somente a experiência prática poderá confirmar o sucesso da iniciativa aqui adotada, dependendo, inclusive, da postura adotada pelos tribunais, uma vez que a reiterada instituição de sucumbência recursal diminuta ou ínfima acabaria por tornar a inovação letra morta.

Todavia, reputamos salutar a ideia de criar um mecanismo que incentive a recorribilidade responsável e comprometida. Se, por um lado, nós, brasileiros, somos considerados excessivamente beligerantes, malversando a utilização dos recursos, a inovação trazida pelo Projeto tem o mérito de procurar, de alguma forma, mitigar essa postura a serviço de um processo que ostente uma duração razoável, isto é, sem delongas desnecessárias, dentre as quais, por certo, a interposição de recursos sabidamente infundados.

E, a se tomar por justas as críticas comumente dirigidas à sistemática recursal vigente, justifica-se o desdobramento dos ônus sucumbenciais especificamente quanto ao grau recursal. Considerando-se que a interposição do recurso ocasiona o desdobramento da relação processual, adiando o desfecho do processo, mostra-se

---

<sup>7</sup> Marinoni e Mitiero esclarecem que “os embargos de divergência têm por função uniformizar internamente a jurisprudência das cortes superiores.” *Op. cit.* P. 190.

razoável conceber a instituição de verba sucumbencial específica para a fase recursal. Trata-se de medida adotada pelo Projeto que se afigura condizente com a percepção da Comissão de que a interposição de recursos desprovidos (ou quase) de chances de êxito seria um fator relevante para o prolongamento desnecessário do processo.

### **3. Modulação de efeitos da alteração de precedente:**

Conforme destacamos ao início do presente trabalho, o Projeto, no artigo 882, estabeleceu o prestígio à jurisprudência dominante, o que deverá ser observado por todos os magistrados brasileiros.

No entanto, ao lidar com o sistema de precedentes, teve o Projeto de lidar também com a possibilidade de alteração dos precedentes pelos tribunais, o que acarreta uma mudança nos parâmetros utilizados pelos magistrados ao solucionar diversas causas em curso que versem sobre a mesma questão jurídica.

Os precedentes, em *common law*, são, em regra, retroativos, ou seja, o novo entendimento firmado se estende aos processos em curso. No entanto, forçoso reconhecer que, por vezes, a aplicação imediata do novo entendimento poderá representar vulneração da segurança jurídica e do seu consectário de previsibilidade.

Por essa razão, visando a prestigiar a segurança jurídica, previu o Projeto, no artigo 882, inciso V, a chamada modulação dos efeitos da alteração do precedente, permitindo que o tribunal, ao modificar o entendimento, ressalve a sua aplicação somente aos processos futuros, resguardando, assim, os processos em curso, que serão julgados em consonância com o entendimento sedimentado à época de sua instauração.

Isso porque os cidadãos, especialmente em uma sociedade que adote o sistema de precedentes, soem pautar suas condutas segundo a jurisprudência dominante e, por conseguinte, a aplicação de um novo entendimento, adotado já no curso da ação, surpreenderá as partes, fazendo emergir, quando menos, um sentimento de injustiça e insegurança, nefasto para a legitimidade do processo.

### **4. Consolidação dos poderes do Relator:**

Afinando-se com o ideal de otimizar o processo e imprimir-lhe maior celeridade, o Projeto consolida, no art. 888, os poderes do relator para julgar monocraticamente, autorizando seja dado ou negado provimento monocraticamente a recurso, em prestígio ao entendimento preconizado pelos tribunais superiores ou pelo tribunal local no

julgamento de casos repetitivos, ou em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência<sup>8-9-10</sup>.

Constata-se, ainda, que, com tal medida, o Projeto busca, uma vez mais, prestigiar a uniformização de jurisprudência, um de seus princípios balizadores. O Projeto não contempla o incidente de uniformização de jurisprudência (atuais arts. 476 e 479), mas traz o incidente de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência.

## 5. Inclusão de todos os recursos em pauta:

O artigo 890 do Projeto dispõe que todos os recursos previstos no Livro IV serão incluídos em pauta — ressalvados apenas os embargos de declaração, que serão colocados em mesa, por força do artigo 978 —, a ser publicada no Diário Oficial, a fim de dar publicidade à data do julgamento e, com isso, permitir que as partes e seus advogados possam adotar as providências que reputarem cabíveis ou, quando menos, possam estar presentes ao julgamento<sup>11</sup>, o que merece os nossos elogios.

No entanto, entendemos que o mencionado dispositivo pode acabar por se tornar inócuo, tendo em vista a franca expansão dos julgamentos eletrônicos (plenários eletrônicos), que promovem julgamentos em ambientes digitais fechados, acessíveis somente aos magistrados, sem que deles participem as partes e seus advogados, o que vem ensejando pertinentes críticas, em razão, justamente, da vulneração ao princípio da publicidade, princípio este que se buscou prestigiar na citada norma do Projeto. Vejamos como essa contradição será equacionada, caso o Projeto entre em vigor.

## 6. Unificação do prazo recursal:

---

<sup>8</sup> Athos Gusmão Carneiro assim se posiciona a respeito do instituto da assunção de competência no Projeto, *in verbis*: “Assim como está redigido, nota-se, portanto, uma equivalência com o ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’.” O autor defende seja restituído ao instituto a “eficácia meramente ‘persuasiva’, e não com eficácia vinculativa.” CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo Código de Processo Civil – Breve Análise do Projeto Revisado no Senado*, In Repro Ano 36. Número 194. Abril 2011. São Paulo: RT. P. 165.

<sup>9</sup> Marinoni e Mitidiero elogiam a assunção de competência tal qual prevista no Projeto, nos seguintes termos: “Se comparado com o incidente de uniformização de jurisprudência, o expediente proposto pelo Projeto tem a vantagem de ser vinculante para ‘todos os órgãos fracionários’ do tribunal (art. 865, §2º). Atende com maior fidelidade, portanto, aos imperativos de segurança e igualdade que derivam da ideia de Estado Constitucional.” *Op. Cit.* P. 176.

<sup>10</sup> A assunção de competência encontra-se prevista no CPC/73 no artigo 555, §1º.

<sup>11</sup> Em prol da publicidade da data de julgamento dos recursos, manifestou-se expressamente a Comissão do Anteprojeto na Exposição de Motivos, descortinando sua especial atenção quanto a essa questão, *in verbis*: “Prestigiando o princípio constitucional da **publicidade** das decisões, previu-se a regra inafastável de que à data de julgamento de todo recurso deve-se dar publicidade (= todos os recursos devem constar em pauta), para que as partes tenham oportunidade de tomar providências que entendam necessárias ou, pura e simplesmente, possam assistir ao julgamento.” (Grifo no original).

O Projeto unificou o prazo recursal em quinze dias, ressaltando-se apenas os embargos de declaração, cujo prazo se mantém em cinco dias (art. 948, §1º). Com isso, tem-se que os recursos de agravo de instrumento, agravo interno e o agora denominado agravo de admissão — leia-se agravo interposto contra decisão de inadmissão dos recursos excepcionais, art. 996 — são ampliados.

Mais uma vez, acreditamos que andou bem o Projeto ao unificar os prazos recursais, pois possui o mérito de simplificar a sistemática recursal, evitando, inclusive, equívocos por parte dos advogados, especialmente os menos experientes. Ademais, os cinco dias de aumento do prazo para a interposição de alguns recursos, como é o caso dos recursos de agravo, de um lado, não pode ser considerado um lapso extenso a ponto de implicar no prolongamento significativo do processo, sendo certo que, de outra parte, mostra-se valioso e suficiente para permitir que as partes elaborem suas razões recursais com mais apuro.

## **7. Supressão do efeito suspensivo:**

O Projeto implementa significativa alteração ao estabelecer, como regra, a ausência de efeito suspensivo *ope legis* dos recursos, inclusive de apelação (art. 949)<sup>12</sup>.

Em contrapartida, poderá o relator — note-se, não o juiz de 1ª instância — suspender a eficácia da decisão recorrida diante da presença, em síntese, dos requisitos do *fumus boni iuris* (“demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” ou “relevância da fundamentação” – art. 949) e do *periculum in mora* (“risco de dano irreparável e de difícil reparação” - art. 949).

Com isso, a Comissão, a um só tempo, prestigia a decisão de 1ª instância e permite que os atos executórios possam ser deflagrados desde já, impondo, assim, maior celeridade ao procedimento.

O pedido de concessão de efeito suspensivo será dirigido *ao tribunal* através de petição avulsa, mesmo que os autos ainda estejam na instância *a quo*. Impede-se, com isso, um outrora delicado “vácuo de competência”, que era fonte de insegurança, dada a suscetibilidade a divergências de entendimento quanto ao órgão jurisdicional competente para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação quando esta não fosse recebida no duplo efeito.

O Projeto, em sua versão atual, cria a situação na qual o advogado deverá interpor o recurso de apelação perante o juízo prolator da sentença apelada, sem que tal recurso ostente efeito suspensivo. Imediatamente após, deverá o advogado também

---

<sup>12</sup> A opção do projeto pela concessão *ope iudicis* de efeito suspensivo aos recursos, em vez de *ope legis*, é elogiada por Marinoni e Mitidiero. Op. Cit. P. 178.

elaborar petição avulsa, a ser dirigida ao tribunal competente para julgar a apelação, através da qual requer a concessão de efeito suspensivo à apelação interposta.

A partir do protocolo da petição avulsa perante o tribunal, a apelação passa a ostentar um efeito suspensivo “provisório”, que se produzirá até que o relator examine o pedido formulado na petição avulsa e, então, decida entre manter, agora com caráter permanente, o efeito suspensivo da apelação ou receber o recurso apenas no efeito devolutivo, fazendo, neste caso, cessar o efeito suspensivo “provisório” (§3º do art. 949).

A imposição da adoção pelo apelante de duas providências, praticamente simultâneas, perante instâncias diversas, no intuito de permitir a obtenção de efeito suspensivo, vem sendo duramente criticada, o que pode, inclusive, dar ensejo à alteração da redação do artigo 949 do Projeto durante o processo legislativo, a fim de prever que o efeito suspensivo “provisório” se opere a partir da interposição da apelação, e não do protocolo da petição avulsa perante o tribunal.

Com isso, evitar-se-ia a inquietante situação contemplada na redação atual do Projeto, na qual o apelante tem de se arvorar em protocolar a petição avulsa perante o tribunal, em uma verdadeira corrida contra o tempo, visto que, muitas vezes, a eficácia da sentença apelada por apenas um dia já bastará para comprometer, definitivamente, a efetividade de um futuro acórdão que venha a reformar a sentença em grau recursal, criando-se, assim, uma situação irreversível.

Pense-se, ainda, nos estados em que as petições dirigidas ao tribunal devem ser protocoladas diretamente na capital, representando, assim, mais um óbice ao cumprimento da sistemática do duplo peticionamento exigido pelo artigo 949 para a obtenção do efeito suspensivo “provisório”.

## **8. Deserção:**

O Projeto, mais uma vez fiel ao propósito assumido no sentido de deformalizar o processo, imprime maior flexibilidade quanto à decretação da deserção, admitindo que, em caso de *justo impedimento* para a ausência de recolhimento das custas recursais ou em caso de preenchimento equivocado da guia de recolhimento, possa o vício ser sanado em cinco dias (art. 961, §§1º e 2º).

Consideramos salutar a medida adotada, prestigiando o efetivo julgamento do recurso em detrimento da adoção de uma postura rígida e formalista. Teremos a oportunidade de verificar que, também em outros momentos, o Projeto vem referendar o prestígio ao julgamento do mérito recursal em detrimento da rigidez na apreciação de

requisitos formais, como é o caso, dentre outros, da nova sistemática adotada para os recursos excepcionais.

#### **9. Prazo para publicação do acórdão:**

Novamente em homenagem à celeridade, princípio este elevado ao grau de verdadeira prioridade, caso o acórdão não seja publicado no prazo de um mês a partir da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas valerão como acórdão para todos os fins legais (art. 897, §3º).

Entendemos que, quanto a esse ponto, acertou o Projeto, uma vez que verificamos casos em que transcorre logo tempo entre a realização do julgamento e a publicação do acórdão. Com isso, a marcha processual fica obstada, não podendo as partes interpor os recursos cabíveis ou adotar, sendo o caso, as medidas necessárias para dar fiel cumprimento à decisão.

#### **10. Recursos interpostos por diversos litisconsortes:**

Outra previsão inserida no Projeto em homenagem à otimização e à celeridade consiste no artigo 898, segundo o qual, tendo sido interpostos recursos por mais de um litisconsorte versando sobre a mesma questão de direito, a decisão favorável ao litisconsorte (recorrente) dispensada a um dos recursos prejudica o julgamento dos demais<sup>13</sup>. A solução se mostra coerente, uma vez que, tendo sido favorável aos litisconsortes a primeira decisão, faleceria interesse aos demais recursos.

#### **11. Possibilidade de alteração dos votos até a proclamação do resultado:**

O Projeto, no §1º do art. 896, vem trazer norma expressa, a respeito da qual o CPC de 1973 não se manifesta, ao prever que os votos poderão ser alterados pelos magistrados até a proclamação do resultado do julgamento pelo presidente. A previsão de um marco temporal para a alteração dos votos se mostra criteriosa e traz maior segurança jurídica para o julgamento pelo colegiado.

#### **12. Integração do voto vencido ao acórdão:**

O §3º do art. 896 do Projeto prevê expressamente que o voto vencido integra o acórdão para todos os fins, inclusive de prequestionamento, revogando, desse modo, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 320<sup>14</sup>. Com

---

<sup>13</sup> Marinoni e Mitidiero elogiam a previsão, afirmando que; “O objetivo aí é primar pela igualdade entre os consortes e racionalizar o trabalho jurisdicional.” *Op cit.* P. 75.

<sup>14</sup> Súmula 314 do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

isso, o Projeto majora a possibilidade de preenchimento desse requisito específico de cabimento dos recursos excepcionais, demonstrando a tendência no sentido de propiciar, tanto quanto possível, o julgamento do mérito recursal.

### 13. Homologação de sentença estrangeira:

O Projeto merece cumprimentos no tocante ao processo de homologação de sentença estrangeira. Primeiramente, pois o instituto recebeu regulamentação mais detalhada do que aquela dispensada pelo CPC de 1973, o que, por si só, não se mostra pouco, tendo em vista que o aumento das relações sociais e comerciais entre cidadãos e empresas de diferentes países revela a crescente importância do tema para o Direito Processual contemporâneo e clama por normas claras e atuais<sup>15</sup>.

Em segundo lugar, o Projeto tem o mérito de incorporar as duas principais inovações adotadas pela Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça. A primeira delas, a previsão quanto ao expresse cabimento da homologação de decisões interlocutórias estrangeiras, ainda que concedidas *inaudita altera parte*, contanto que seja garantido ao requerido contraditório posterior. A homologabilidade de decisões interlocutórias estrangeiras possui particular importância quanto às medidas urgentes, cujo ágil cumprimento em nosso país pode se revelar indispensável para a efetividade do processo estrangeiro ou da futura sentença estrangeira a ser proferida naqueles autos. O tema está na ordem do dia em diversos países, havendo inúmeros processualistas debruçando-se sobre o tema, com vistas a evitar que as fronteiras políticas dos países — e igualmente a ausência de instrumentos processuais hábeis — sirvam como uma impiedosa muralha ardilosamente utilizada por réus contumazes.

Ainda no tocante ao cumprimento de decisões interlocutórias estrangeiras em nosso país, o projeto parecer ter modificado o instrumento adequado para lhes conferir eficácia internamente. Se, atualmente, dadas as inovações trazidas pela mencionada Resolução nº 09 do STJ, tais decisões se tornaram passíveis de efetivação mediante a concessão de *exequatur* em sede de cartas rogatórias executórias — o que, até a Emenda Constitucional nº 45/2004, sequer era possível, já que o STF entendia que tais decisões não poderiam ser cumpridas no Brasil —, o Projeto parece optar por uniformizar a forma de exercício do juízo de delibação, prevendo que tanto as sentenças quanto as decisões interlocutórias estrangeiras serão objeto do processo de homologação<sup>16</sup>. Isso é

---

<sup>15</sup> A respeito do moderno tratamento dispensado ao processo de homologação de sentença estrangeira, especialmente no tocante à homologabilidade de decisões interlocutórias estrangeiras e à concessão de tutela antecipada em processo de homologação de sentença estrangeira, remetemos o leitor para obra: HILL, Flávia Pereira. *A antecipação da tutela no processo de homologação de sentença estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

<sup>16</sup> É o que se conclui a partir da redação do artigo 915 do Projeto, ao prever que todas as decisões estrangeiras indistintamente, vale dizer, sejam elas concessivas de medidas de urgência, interlocutórias ou finais serão todas passíveis de *homologação*. Ressalte-se, ainda, que tal previsão encontra-se inserida

salutar, a nosso ver, já que, em ambos os casos, há igualmente o exercício de juízo de delibação — com o exame da presença dos requisitos legais para o cumprimento da decisão estrangeira em nosso país, sem rejugamento do mérito do processo estrangeiro — não havendo razão para que fossem exigidos instrumentos diversos.

A segunda previsão contida no Projeto consiste na expressa previsão do cabimento de concessão de tutela de urgência pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de processo de homologação de sentença estrangeira. Aqui, o Projeto andou bem, garantindo que, em caso de urgência, possa o requerente pleitear a antecipação dos efeitos da futura homologação da sentença estrangeira, medida essa que, muitas vezes, será fundamental para garantir a efetividade da decisão de homologação a ser proferida ao final do processo perante o Superior Tribunal de Justiça. À semelhança dos demais processos judiciais que, em determinadas circunstâncias urgentes, merecem a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional como forma de resguardar a efetividade do provimento final, o processo de homologação de sentença estrangeira também pode adquirir tal feição, não havendo justificativa para colocá-lo à margem de tal garantia processual.

Previu-se expressamente, ainda, a homologabilidade das sentenças arbitrais, a fim de sepultar quaisquer eventuais dúvidas quanto ao seu cabimento.

O projeto previu expressamente, outrossim, a homologabilidade de decisões estrangeiras para fins de execução fiscal, caso haja tratado ou promessa de reciprocidade, ampliando, pois, o âmbito de aplicação do instituto (§4º do art. 914).

#### **14. Ação rescisória:**

No tocante à ação rescisória, destacamos como sendo as principais inovações, primeiramente, a supressão de dois fundamentos para o ajuizamento da ação rescisória, notadamente a incompetência absoluta e o fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseie a sentença<sup>17</sup>, elencados respectivamente nos incisos II e VIII do artigo 485 do CPC de 1973.

Em segundo lugar, o Projeto opta por substituir a menção à “violação a literal disposição de lei” como fundamento para a rescisão, adotada no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973, passando a adotar como fundamento a violação à “norma jurídica”, no inciso V do artigo 919 do Projeto<sup>18</sup>. Consideramos que, mediante tal alteração, visou o

---

justamente no Capítulo V do Livro IV, destinado à regulamentação da *Homologação de Sentença Estrangeira e Sentença Arbitral*.

<sup>17</sup> A supressão deste último é elogiada por Marinoni e Mitidiero na p. 177

<sup>18</sup> Athos Gusmão Carneiro critica a alteração, por considerar a nova expressão “muitíssimo abrangente, e convém ponderar que a aceitação da ação rescisória contra normas constantes de meros decretos, regulamentos, portarias de agências reguladoras, disposições normativas editadas por autarquias etc irá

Projeto a permitir seja invocado como fundamento não apenas a afronta ao texto exposto de lei, mas também à interpretação que lhe é dada de forma assente pelos tribunais.

No entanto, tal previsão vem recebendo críticas, por se entender que a redação adotada pelo Projeto teria ampliado exageradamente o fundamento de rescisão, permitindo a invocação, inclusive, de regulamentos e portarias, ao mencionar a palavra “norma”, no lugar de “lei”.

Alteração digna de nota consiste na redução do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória de dois para apenas um ano a partir do trânsito em julgado (art. 928)<sup>19</sup>.

A Comissão justifica a redução pela metade do prazo com lastro na segurança jurídica, ao argumento de que, quanto maior o prazo, maior o período no qual se poderá pretender o afastamento da coisa julgada, sendo esta um dos pilares do estado democrático de direito.

No entanto, consideramos que esse tema mostra-se mais complexo, merecendo um debate mais amplo. Concordamos com o propósito de prestigiar a coisa julgada e, por conseguinte, a segurança jurídica. No entanto, questionamos se a redução do prazo decadencial consiste realmente na melhor medida para salvaguardar os valores antes mencionados.

Com efeito, reduzir o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória sem que, por outro lado, seja adequadamente equacionada a teoria da relativização da coisa julgada, parece-nos trazer mais insegurança do que estabilidade. Devemos reconhecer que a teoria da relativização da coisa julgada vem, paulatinamente, ganhando renomados adeptos, embora varie a amplitude de sua aplicação. Tal teoria carece de regulamentação legal, sendo relegada a uma construção doutrinária e jurisprudencial que não prima pela unicidade e coesão<sup>20</sup>.

---

contrariar os propósitos que inspiram o projeto de novo Código, de ampla proteção à estabilidade e segurança jurídicas. Em decorrência, o prazo de um ano poderá retornar ao mais adequado prazo atual, de dois anos (art. 928 do PR).” Op cit. P. 166.

<sup>19</sup> Na Exposição de Motivos, a Comissão do Anteprojeto declara o prestígio à segurança jurídica como razão para a redução do prazo, *in verbis*: “Também em nome da segurança jurídica, reduziu-se para um ano, como regra geral, o prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória.”

<sup>20</sup> Remetemos o leitor a dois trabalhos com teses díspares a respeito da relativização da coisa julgada, a fim de ilustrar a ausência de consenso em torno de tema assaz sinuoso e delicado. MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?* Disponível no endereço eletrônico: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). DINAMARCO, Candido Rangel. “Relativizar a Coisa Julgada Material”. In *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros. 2003. pp. 220-266.

Assim sendo, indagamos se a coisa julgada e a segurança jurídica estariam verdadeiramente mais bem resguardadas mediante a redução pela metade do prazo da ação rescisória para que, com a maior exiguidade do prazo, acabe por ganhar reforço a (instável) tese da relativização da coisa julgada, caso a caso, como derradeira forma de “fazer justiça”. Ou, por outro lado, estariam tais valores mais bem protegidos mediante o prestígio da ação rescisória como o *instrumento adequado* para se pretender a rescisão da sentença transitada em julgado, contando com fundamentos de cabimento, procedimento e prazo legal de dois anos bem definidos?

Entendemos que o descabimento do ajuizamento da ação rescisória em razão do decurso do exíguo prazo poderá acabar por fomentar a expansão da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, o que não nos gera simpatia. Acreditamos que a previsão de regras claras e bem definidas, que possam ser facilmente identificadas pelos jurisdicionados, consiste no melhor serviço à segurança jurídica, mormente quando está em jogo a coisa julgada. Todavia, cremos que o tema mereça abordagem mais aprofundada, inclusive por sua importância e gravidade, o que não nos é permitido nos limites deste trabalho.

#### **15. Criação do incidente de resolução de demandas repetitivas:**

Conforme noticiamos ao início deste estudo, o Projeto criou o chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, previsto no art. 930, atendendo à proposta de prestigiar a uniformização da jurisprudência e afastar o risco de decisões conflitantes.

O incidente será cabível quando houver controvérsia com potencial para gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e causar insegurança jurídica. Nesse caso, o juiz de 1ª instância, o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderão requerer ao Presidente do tribunal a instauração do incidente, sendo este julgado pelo plenário ou órgão especial. O acórdão do plenário ou do órgão especial deverá ser observado por todos os magistrados que compõem o respectivo tribunal, como forma de uniformizar a jurisprudência em seu âmbito<sup>21</sup>.

#### **16. Extinção dos embargos infringentes:**

Atendendo a críticas em torno desse recurso, o Projeto optou por extinguir os embargos infringentes — cujo cabimento, a propósito, já havia se tornado mais restrito

---

<sup>21</sup> Marinoni e Mitidiero consideram bem intencionada a proposta neste particular, embora entendam que não terá o condão de reduzir a carga de trabalho do Judiciário, como se almeja, já que tal incidente não impede o ajuizamento de novas demandas. Segundo os doutrinadores, a utilização do modelo norteamericano das *class actions* melhor se prestaria a tal finalidade. Op. Cit. P. 178.

após as alterações introduzidas pela Lei 10.352/01 —, prestigiando, assim, o escopo de simplificação da sistemática recursal. No entanto, merece registro a intensa discussão em torno do tema no Senado Federal, durante a tramitação do Projeto, tendo vários Senadores se manifestado pela manutenção do recurso.

#### **17. Recursos de agravo:**

Consoante destacado no Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, o Projeto rompe com a sistemática do CPC de 1973, que contempla, no rol dos recursos do artigo 496, apenas o recurso de agravo, genericamente. O Projeto optou por prever expressamente o cabimento de agravo de instrumento, agravo interno e agravo de admissão no elenco do artigo 948, por entender que não são espécies de um mesmo gênero intitulado agravo, mas sim recursos diversos, em razão de possuírem hipóteses de cabimento, competência e sistemáticas diferentes.

#### **18. Extinção do agravo retido. Recorribilidade diferida das decisões interlocutórias:**

O Projeto extinguiu, ainda, o recurso de agravo retido, reestruturando a recorribilidade das decisões interlocutórias. A partir do Projeto, as decisões interlocutórias, em regra, não mais precluem. Com isso, torna-se desnecessária (e incabível) a interposição imediata de agravo retido, devendo as decisões interlocutórias ser desafiadas somente ao final, como preliminar do recurso de apelação ou nas contrarrazões do apelado (art. 963, parágrafo único).

Com isso, conforme destacado pela Comissão na Exposição de Motivos, mudou-se o *momento de impugnação* da decisão interlocutória — passando da interposição imediata de agravo retido para a suscitação de preliminar em apelação/contrarrazões — mas não o *momento de seu julgamento* pelo tribunal, que continua sendo por ocasião do julgamento da apelação.

Entendemos que tal inovação possui o condão de simplificar a recorribilidade das decisões interlocutórias. Afinal, se, hoje, cabe à parte ratificar o agravo retido na preliminar de apelação/contrarrazões, mais simples se afigura dispensá-la de interpor previamente o recurso de agravo retido, concentrando a impugnação das decisões interlocutórias no próprio recurso de apelação.

#### **19. Apelação:**

O recurso de apelação foi objeto de algumas modificações relevantes.

Primeiramente, conforme exposto anteriormente, as decisões interlocutórias passam a ser desafiadas, em regra, mediante preliminar da apelação ou suas contrarrazões (parágrafo único do art. 963).

A apelação deixa de ostentar efeito suspensivo, como regra, cabendo ao apelante requerer a sua concessão diretamente ao relator, mediante petição avulsa, consoante vimos de esclarecer.

O juízo de admissibilidade da apelação passa a ser exercido *apenas pelo tribunal* (art. 965, §3º), como forma de se suprimir “um foco desnecessário de recorribilidade”, segundo a Comissão, na Exposição de Motivos. Assim sendo, extirpa-se o juízo de admissibilidade atualmente exercido pela instância *a quo* (art. 518 do CPC/1973), apto a ensejar a interposição de agravo de instrumento (art. 522, CPC/1973).

Verifica-se, outrossim, terem sido ampliadas as hipóteses da chamada “causa madura”, ou seja, as hipóteses em que é admitido que o tribunal, no julgamento da apelação, prossiga no exame do mérito da causa. Segundo o Projeto, ao lado das hipóteses de sentenças terminativas (art. 472 do Projeto), também poderá o tribunal prosseguir no julgamento do mérito da causa, caso declare a *nulidade* da sentença apelada por não-observância dos *limites do pedido* ou por *falta de fundamentação* e, ainda, caso *reforme* a sentença que reconhecer a *decadência* ou a *prescrição* (art. 965, §3º). Dessa forma, vem o Projeto, mais uma vez, homenagear a economia processual e a celeridade, ao evitar que os autos sejam remetidos ao juízo *a quo* para que seja proferido julgamento.

## 20. Agravo de instrumento:

Tal qual vislumbramos na atual redação do CPC de 1973, o cabimento do agravo de instrumento continua a ser *excepcional* na sistemática do Projeto. No entanto, ao contrário da redação atual do CPC em vigor, que prevê, como regra, a interposição de agravo retido contra decisões interlocutórias e o cabimento, em caráter excepcional, do agravo de instrumento *conforme verifique o magistrado a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação* (art. 522 do CPC/73), agora, no Projeto, a Comissão optou por estabelecer, *como regra*, a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias em preliminar da apelação/contrarrazões, sendo que as hipóteses excepcionais de cabimento do agravo de instrumento passaram a ser *expressamente contempladas* no Projeto (art. 969)<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> A Exposição de Motivos do Anteprojeto assim contempla o tema, *in verbis*: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se (*sic*) o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era

De fato, muda o *referencial* para o cabimento do agravo de instrumento, passando da avaliação do *periculum in mora* caso a caso pelo relator (*ope judicis*) para a expressa previsão legal das hipóteses de cabimento (*ope legis*). O próprio legislador cuidou de elencar as hipóteses consideradas graves o suficiente para justificar a imediata recorribilidade da decisão interlocutória<sup>23</sup>, bem como as hipóteses que, em regra, não comportam a interposição de recurso de apelação, como é o caso da liquidação de sentença, do cumprimento de sentença, do processo de execução e do inventário (parágrafo único do art. 969), o que tornaria inviável, portanto, a veiculação da matéria como preliminar da apelação ou em suas contrarrazões.

Entendemos que a previsão expressa das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento torna a questão mais clara, evitando os entendimentos jurisprudenciais díspares que atualmente circundam a avaliação da presença dos requisitos legais para o cabimento do agravo de instrumento na sistemática do CPC de 1973. Destaque-se que, dado o princípio da unicidade recursal ou unirrecorribilidade, a existência de normas claras quanto ao cabimento dos recursos mostra-se extremamente salutar e põe-se a serviço, mais uma vez, da tão propalada segurança jurídica.

O artigo 971, inciso I, do Projeto vem prestigiar menor formalismo, ao admitir a juntada de outro documento que comprove a tempestividade do agravo de instrumento, ainda que não seja a certidão de intimação, sendo, desde já, objeto de elogios por parte da doutrina<sup>24</sup>.

O Projeto passou a prever, ainda, o cabimento de sustentação oral dos advogados na sessão de julgamento de agravo de instrumento que verse sobre questão de mérito (art. 892), sendo esta mais uma providência benfazeja do Projeto, em prol da garantia do contraditório.

## **21. Agravo interno:**

De acordo com o Projeto, o agravo interno será cabível contra as decisões monocráticas proferidas pelo relator, a ser julgado pelo colegiado de que faça parte, salvo nas hipóteses em que a lei reputar irrecurável a decisão monocrática (como é o caso da decisão monocrática do relator que aprecia a concessão de efeito suspensivo e a

---

julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.”

<sup>23</sup> São elas as hipóteses de decisão interlocutória que examinar tutela de urgência ou evidência, decidir o mérito da causa, rejeitar alegação de convenção de arbitragem, decidir incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, gratuidade de justiça, exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte por ilegitimidade, limitação do litisconsórcio, admissão ou não de intervenção de terceiros, dentre outras previsões contidas em leis esparsas.

<sup>24</sup> Marinoni e Mitidiero elogiam o art. 971, inciso I, do Projeto, ao argumento de que evita que se “descambe em formalismo pernicioso”, prestigiando a finalidade normativa. *Op. Cit.* P. 183.

antecipação da tutela recursal). O Projeto congregou as hipóteses de cabimento do agravo interno, previsto no art. 557 do CPC de 1973, e do agravo regimental<sup>25</sup>.

## 22. Embargos de declaração:

O Projeto previu expressamente o cabimento dos embargos de declaração para o fim de correção de erro material (art. 976). Com isso, o Projeto evita sejam os embargos de declaração, interpostos com tal finalidade, considerados meramente protelatórios ou sejam inadmitidos por ausência de interesse-necessidade, uma vez que a correção de erro material pode ser suscitada pela parte mediante a apresentação de simples petição.

De todo modo, entendemos que a previsão expressa de seu cabimento não impede que a parte opte por instar o magistrado a corrigir erro material mediante petição avulsa, até mesmo porque é dado ao julgador corrigi-lo de ofício (art. 481, inciso I, do Projeto).

Providência digna de registro contida no Projeto consiste na previsão expressa da prévia oitiva do embargado sempre que os embargos de declaração possam ter *efeito modificativo* (art. 976, parágrafo único). Desse modo, o Projeto garante a observância do princípio do contraditório quando os embargos de declaração possam ter o condão de modificar a solução dispensada pela decisão embargada, interferindo, assim, na esfera jurídica das partes.

No art. 978, previu o Projeto que os embargos de declaração interpostos *contra decisão monocrática do Relator* também deverão ser julgados *monocraticamente*, não pelo colegiado. Com isso, o Projeto se afasta da jurisprudência dos tribunais superiores<sup>26</sup>, que passaram a converter os embargos de declaração interpostos em face de decisão monocrática do relator em agravo regimental, a ser julgado diretamente pelo

---

<sup>25</sup> Mitidiero e Marinoni entendem que o projeto prevê o cabimento do agravo interno apenas “para apontar a necessidade de distinção (*distinguishing*) ou de superação do precedente-paradigma (*overruling*) é que tem cabimento o agravo interno.” Segundo eles: “Pensar diferentemente importa manter a disciplina vigente, que patrocina inútil duplicação recursal quando o relator julga monocraticamente.(...) É por essa razão que sugerimos a inserção de parágrafo no art. 853 [art. 975 do Substitutivo do Senado], para explicitar que a decisão do relator tem de ser considerada, para todos os efeitos constitucionais e legais, como decisão do colegiado.” *Op. Cit.* P. 184. Sem colchetes no original. Ousamos discordar dos autores, por entendermos que o princípio da colegialidade pressupõe, justamente, a possibilidade de referendo pelo colegiado, sendo tal possibilidade intrínseca ao princípio em questão. Cândido Rangel Dinamarco comunga o entendimento por nós esposado no tocante ao princípio da colegialidade. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros. 2002. P. 192. A respeito do princípio da colegialidade, indicamos o artigo. HILL, Flávia Pereira. “O Recurso de Agravo e a Lei Nº 11.187/05”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP. Vol. 1*. Rio de Janeiro. out/dez. 2007. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br).

<sup>26</sup> STF. AP 480 ED, Relator(a):Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00001. STF. ED no AI 708.869-2. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 14/04/2008. STJ. EDcl no Ag 953.657/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 10/03/2008.

colegiado. O expediente adotado pelos tribunais superiores suprime a possibilidade de a parte interpor agravo regimental autonomamente, aduzindo razões recursais específicas a serem apreciadas pelo colegiado no momento oportuno e, por isso, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, por vulnerar o devido processo legal. Desse modo, reputamos de todo conveniente a previsão contida no Projeto, que vem prestigiar o devido processo legal e a adequada participação das partes no processo.

Nos embargos de declaração interpostos para fins de prequestionamento, autoriza o art. 979 do Projeto que os tribunais superiores considerem a matéria prequestionada ainda que os embargos tenham sido inadmitidos, caso o STJ ou o STF entenda que efetivamente havia o vício apontado<sup>27</sup>. Com isso, o Projeto referenda a posição do STF sobre o tema, em detrimento da Súmula 211 do STJ<sup>28</sup>, prestigiando a economia processual, a celeridade e a adoção de menor formalismo no trato dos recursos excepcionais.

O Projeto prevê que os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para o embargante interpor outros recursos (art. 980, §1º). A partir dessa previsão expressa, o Projeto ressalva, *a contrario sensu*, a interrupção do prazo recursal para o embargado nessa hipótese, colocando-o a salvo. Do mesmo modo, o Projeto acaba por assentar que a inadmissão dos embargos de declaração em virtude das *demais causas de inadmissibilidade* terá sim o condão de interromper o prazo recursal para o embargante, filiando-se à jurisprudência dominante a respeito do tema<sup>29</sup>.

### **23. Recursos especial e extraordinário:**

Cumpra, antes de tudo, destacar que o Projeto dispensou uma regulamentação mais flexível no tocante aos recursos excepcionais, quebrando com a tendência atual no sentido de impor um rigorismo implacável quanto ao exame de seus requisitos formais. Trata-se, pois, de uma verdadeira mudança de rota que o Projeto visa a empreender nesse particular, prestigiando, de forma clara, o julgamento do mérito recursal que, neste caso, consiste em, nada mais, nada menos, do que o exame da questão federal ou constitucional ventilada pelo recorrente.

---

<sup>27</sup> Segundo Athos Gusmão Carneiro, “Esta norma tornará desnecessário o retorno, previsto na atual e formalista orientação do STJ, do processo ao colegiado de origem, a fim de que seja ‘completado’ o julgamento dos embargos de declaração, abrindo-se azo, novamente, ao recurso especial.” *Op cit.* P. 170.

<sup>28</sup> 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*.”

<sup>29</sup> O Projeto adota posição intermediária, deixando de se filiar ao posicionamento mais rigoroso adotado, dentre outros juristas, pelo eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual a inadmissão dos embargos de declaração por qualquer motivo não interrompe o prazo para a interposição dos demais recursos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários do Código de Processo Civil*. Vol. V. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P. 558.

Em primeiro lugar, vem o Projeto admitir que, sendo tempestivo o recurso excepcional, o tribunal possa relevar um defeito formal que não seja grave ou venha a fixar prazo para que o vício seja sanado pelo recorrente (art. 983, §2º). Identificamos, pois, nesse dispositivo legal, nítido prestígio ao menor formalismo e à economia processual, buscando privilegiar a análise da questão federal ou constitucional ventilada no recurso (mérito recursal).

Em segundo lugar, o Projeto admite que, verificando o Superior Tribunal de Justiça que o Recurso Especial versa sobre questão constitucional, seja aberto prazo para que o recorrente demonstre a repercussão geral — requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário — e, com isso, o Recurso Especial possa ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal como se Recurso Extraordinário fosse. Poderíamos afirmar tratar-se, em última análise, da aplicação do princípio da fungibilidade recursal especificamente no tocante aos recursos excepcionais.

O mesmo se aplica ao Recurso Extraordinário, admitindo o Projeto que o Supremo Tribunal Federal, ao verificar que o recurso trata, em verdade, de questão infraconstitucional, possa remetê-lo ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como se Recurso Especial fosse. Permite, assim, o aproveitamento dos recursos excepcionais. Do contrário, o prazo para a interposição do recurso excepcional adequado, no mais das vezes, já teria expirado e a questão não mais seria apreciada pelo tribunal superior competente<sup>30</sup>.

O Projeto promove a ampliação das hipóteses de ocorrência de repercussão geral (art. 989, §3º), passando a admitir, ainda, a hipótese de o recurso contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos ou questionar decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Questão interessante é tratada no parágrafo único do artigo 952. Dispõe o Projeto que, no caso de ter sido reconhecida a repercussão geral e adotado o recurso como paradigma ou, ainda, no caso de recursos repetitivos, eventual desistência apresentada pelo recorrente será ineficaz para o fim apontado, não impedindo o prosseguimento do julgamento, visto que, neste caso, o interesse envolvido transcenderá o da parte recorrente, passando a envolver o interesse geral de unidade do direito e da otimização da função jurisdicional. Em outras palavras, a desistência terá o condão de excluir o recorrente da decisão daquele recurso, tendo em vista o princípio da demanda. No entanto, as razões recursais serão examinadas pelo tribunal superior, sendo certo que

---

<sup>30</sup> Marinoni e Mitidiero elogiam a previsão do Projeto: “Em terceiro lugar, o Projeto propõe interessante *ponte* entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para viabilizar o conhecimento de recurso extraordinário e de recurso especial interpostos equivocadamente. Também aqui o que está por debaixo das regras propostas é a necessidade de reconhecer na atuação das cortes superiores um trabalho que visa a objetivos ligados precipuamente à unidade do Direito, e não apenas ao interesse do recorrente.” *Op. Cit.* P. 188. Itálico do original.

o entendimento firmado será aplicado aos demais recursos que versem sobre a questão jurídica analisada<sup>31</sup>.

#### **24. Recursos repetitivos:**

O projeto estende a aplicação do rito dos recursos repetitivos ao Recurso Extraordinário, além do Recurso Especial (art. 990), referendando o propósito do Projeto de valorizar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, assim como a celeridade processual.

#### **25. Embargos de divergência:**

Além do cabimento em sede de recurso especial, já contemplada no CPC/73, o Projeto também admitiu o cabimento dos embargos de divergência para *causas de competência originária* do STJ, tendo, por outro lado, excluído o seu cabimento em sede de Recurso Extraordinário.

#### **26. Conclusão:**

Ainda que se possa questionar, como já fazem alguns juristas — e que nós mesmos por vezes nos pegamos a meditar —, se as inovações propostas pelo Projeto de novo CPC justificam efetivamente a elaboração de uma nova codificação, tendo em vista não haver, de fato, uma ruptura com os fundamentos do Código de Processo Civil de 1973 ou, em outras palavras, não haver uma genuína mudança de rota nos rumos do sistema processual pátrio, conforme reconhecido, inclusive, de certa forma, pela Comissão na Exposição de Motivos<sup>32</sup>, forçoso convir que, particularmente no tocante ao Livro IV, que ora nos propusemos a analisar, o Projeto valoriza alguns novos parâmetros para a sistematização do processo perante os tribunais.

Isso resta claro, primeiramente, a partir de uma inovadora tentativa de *aproveitamento dos recursos*, promovendo a sua *deformalização* ao deixar em segundo plano, tanto quanto possível, eventuais vícios formais, a fim de que seja prestigiado o julgamento do mérito recusal. Tal perspectiva mostra-se ainda mais evidente na

---

<sup>31</sup> Referendamos o entendimento preconizado por Marinoni e Mitidiero a esse respeito. *Op. Cit.* P. 180. Discordamos, assim, de Athos Gusmão Carneiro, para quem seria inútil admitir-se a desistência pelo recorrente nessa hipótese, pois o entendimento firmado deveria ser aplicado inclusive ao recurso em relação ao qual o recorrente havia manifestado a desistência. Para o jurista, melhor seria, então, que o Projeto vedasse a desistência pelo recorrente nestes casos, pois redundaria, a seu ver, na mesma consequência. *Op. Cit.* p. 168.

<sup>32</sup> Assim dispõe a Comissão na Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC, *in verbis*: “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.”

regulação dos recursos excepcionais, revelando uma verdadeira alteração em seu tratamento, ultrapassando a postura marcadamente formalista com que tais recursos vêm sendo examinados.

A *uniformização e a estabilidade da jurisprudência*, valorizadas no Projeto, marcam também uma tomada de posição clara e inovadora pela Comissão, na medida em que propõe, por assim dizer, uma reestruturação dos parâmetros de julgamento, evocando a adoção da jurisprudência dominante como um fator central para a nova sistemática processual. Embora houvesse sinais de aproximação de nosso sistema processual ao sistema de precedentes, podemos afirmar que o Projeto eleva tal princípio a patamares ainda não alcançados e, acrescente-se, com uma amplitude deveras abrangente, a ponto de envolver todos os magistrados brasileiros a julgarem em observância ao sistema de precedentes. Diversas inovações adotadas no Projeto vêm ratificar esse firme propósito, conforme vimos, como a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a ineficácia da desistência formulada pelo recorrente quanto a recursos excepcionais afetados, a extensão do expediente de demandas repetitivas para o recurso extraordinário, a extensão do cabimento dos embargos de divergência para processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, dentre outras.

A Comissão propôs-se, ainda, a *simplificar a sistemática recursal* e, reconheçamos, manteve-se fiel a esse propósito. Em cumprimento a esse objetivo traçado, o Projeto extingue o recurso de embargos infringentes, uniformiza os prazos recursais em quinze dias, concentra o exercício do juízo de admissibilidade da apelação diretamente perante o relator, prevê expressamente as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, dispõe sobre a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias diretamente em sede de apelação, dentre outras inovações.

No intuito de imprimir maior *celeridade*<sup>33</sup> ao processo judicial, cujo maior vilão vem sendo identificado precisamente como o regime recursal, a Comissão prevê a exclusão do efeito suspensivo dos recursos como regra, inclusive para a apelação, a valorização do julgamento monocrático pelo relator, dentre outras medidas.

Merecem registro, outrossim, previsões inseridas pela Comissão no intuito de pacificar divergências doutrinárias e jurisprudenciais ou explicitar, na codificação, entendimentos que vêm sendo aplicados, trazendo, assim, maior segurança para o jurisdicionado, como ao explicitar o cabimento dos embargos de declaração para a correção de erros materiais, deterninar o julgamento monocrático dos embargos de

---

<sup>33</sup> Interessantes e pertinentes ponderações vêm sendo tecidas por juristas a respeito da (super)valorização da celeridade pela sociedade contemporânea, especialmente se tomarmos em consideração a salutar segurança jurídica, a cujo serviço também se coloca o Direito Processual. A nosso sentir, a Comissão posicionou-se claramente a respeito desse delicado embate, pendendo para a valorização da celeridade processual, em resposta aos reclamos dos jurisdicionados.

declaração interpostos contra decisão monocrática do relator, prever o prévio contraditório em favor do embargado caso os embargos de declaração possam ter efeitos modificativos, prever (e assim limitar) a ausência de efeito interruptivo para o embargante quanto aos embargos de declaração tidos por intempestivos, apenas para citar alguns.

Outro mérito a ser creditado ao Projeto consiste na regulação mais detalhada do processo de homologação de sentença estrangeira, abarcando as principais inovações trazidas pela Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar a sensibilidade da Comissão quanto à premência de um tema outrora esquecido no Brasil e que se apresenta na ordem do dia em diferentes países.

Enfim, podemos asseverar que a Comissão estabeleceu os princípios norteadores do Projeto e procurou estruturá-lo em consonância com tais valores. Pode-se até questioná-las, mas cremos que a Comissão manteve-se fiel às suas premissas e mostrou-se coerente e comprometida com os valores por ela considerados como prioritários.

Particularmente quanto à sistemática recursal, embora haja pontos a merecer maior reflexão, conforme destacamos ao longo do presente trabalho, entendemos que o Projeto se mostra afinado com as principais reivindicações que vêm sendo feitas por juristas e, especialmente, por cidadãos leigos, procurando deformalizar, simplificar e acelerar um sistema recursal considerado vagaroso e complexo. Por óbvio, qualquer consideração a respeito da efetividade das normas e de sua aptidão para aplacar os problemas apontados depende igualmente da sua aplicação diuturna por parte dos profissionais do direito, recaindo em seu colo a responsabilidade por imprimir contornos concretos à nova codificação, por ora em tramitação.

Para nós, operadores do direito, receber um novo Código de Processo Civil com os olhos voltados para a vetusta codificação não pode ser considerada a postura mais recomendável ou construtiva. Ainda que tenhamos ressalvas ou críticas — que são salutares, por fomentar o debate e o aperfeiçoamento —, ou mesmo questionemos a necessidade de um novo Código, oxalá consigamos nos unir em torno do maior aproveitamento dos aprimoramentos e inovações salutares que, inegavelmente, a nova codificação, uma vez em vigor, poderá nos trazer. Uma vez em vigor o novo Código, pensemos em seus avanços e extraíamos deles todo o seu potencial para melhorar o sistema processual brasileiro. Assim, todos os esforços envidados com a elaboração de um novo CPC, que tem envolvido a todos nós, terão sido verdadeiramente proveitosos e nos permitirão, verdadeiramente, dar um passo à frente.

#### **Referências Bibliográficas:**

ALVIM, Arruda. “Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil.” *In Revista de Processo RePro*. Ano 36. Volume 191. Janeiro 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 299-318.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários do Código de Processo Civil*. Vol. V. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P. 558.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “O novo Código de Processo Civil – Breve Análise do Projeto Revisado no Senado”. *In Revista de Processo. RePro*. Ano 36. Número 194. Abril 2011. São Paulo: RT. Pp. 141-172.

DINAMARCO, Candido Rangel. “Relativizar a Coisa Julgada Material”. *In A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros. 2003. pp. 220-266.

\_\_\_\_\_. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros. 2002.

HILL, Flávia Pereira. *A antecipação da tutela no processo de homologação de sentença estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

\_\_\_\_\_. “O Recurso de Agravo e a Lei Nº 11.187/05”. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP*. Vol. 1. Rio de Janeiro. out/dez. 2007. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)

MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?* Disponível no endereço eletrônico: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Consulta realizada em 01/08/2009.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do novo CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT. 2010.

PARENTONI, Leonardo Netto. “Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do Novo Código de Processo Civil.” *In Revista de Processo RePro*. Ano 36. Volume 193. Março 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 281-318.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 8.046/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. EDcl no Ag 953.657/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/02/2008, DJe 10/03/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AP 480 ED, Relator(a):Min. CARLOS BRITTO, julgado em 13/11/2008, DJe-241.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. ED no AI 708.869-2. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 14/04/2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto de Código de Processo Civil.” *In Revista de Processo. RePro*. Ano 36. Volume 192. Fevereiro 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 193-209.

**A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA:  
NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ACUSATÓRIO OU INICIATIVA DO  
JUIZ?**

**CONVERSION OF THE ARREST IN TEMPORARY CUSTODY: THE NEED  
FOR REQUEST OR INICIATIVE OF THE JUDGE?**

*Franklyn Roger Alves Silva*

Mestre em Direito Processual pela Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Pós- Graduado em Direito  
Processual Civil pela Universidade Gama Filho.  
Professor da Universidade Candido Mendes.  
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O presente artigo examina se a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em razão da alteração operada pela reforma do Código de Processo Penal exige requerimento da acusação ou se o juiz pode, de ofício, realizar a conversão.

**Abstract:** The present article examines, due to the criminal procedure law reorganization, if the arrest's conversion into temporary custody requires a prosecution's request or the court on its own initiative can convert it.

**Palavras-chave:** Medidas Cautelares – Prisão – Conversão – Iniciativa – Juiz

**Keywords:** Provisional remedies – Prison – Conversion – Initiative - Judge

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A nova sistemática das prisões cautelares – 3. O sistema acusatório e a iniciativa do Juiz: a conversão da prisão em flagrante de ofício – 4. Conclusão – 5. Referências.

**1. Introdução:**

Ao analisar a nova redação do Código de Processo Penal verifica-se que a alteração da Lei n. 12.403/11 ocasionou verdadeira desjudicialização da prisão em

flagrante, tornando-a mero ato administrativo praticado pela autoridade policial quando do conhecimento da ocorrência de infração penal<sup>1</sup>.

Com a modificação da redação do art. 310 do CPP torna-se possível ao juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante adotar uma das seguintes providências: i. relaxar a prisão em flagrante no caso de ilegalidade; ii. converter a prisão em flagrante em prisão preventiva; iii. conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Não há dúvidas de que o relaxamento da prisão e a concessão da liberdade provisória devem ser analisados e deferidos de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento defensivo, uma vez que cabe ao magistrado o controle da legalidade da prisão e da restituição da liberdade do indiciado.

O problema, contudo, reside na atividade jurisdicional desempenhada no momento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A grande indagação refere-se à possibilidade de o juiz agir de ofício ao realizar a conversão ou se haveria a necessidade de requerimento do órgão acusatório para assim agir.

É certo que a reforma processual prevê expressamente que tanto o Ministério Público assim como a Defensoria Pública<sup>2</sup> serão comunicados da prisão em flagrante de qualquer indivíduo, como forma de permitir que os personagens do processo possam tomar todas as providências que entenderem cabíveis na fase pré-processual.

Neste ponto, poderia se admitir que o objetivo do legislador ao determinar a expressa comunicação do Ministério Público seria o de conferir ao órgão acusatório a função de pleitear a necessária conversão do flagrante em prisão preventiva?

Mas em se tratando de crime de ação penal privada? A lei é silente no que se refere comunicação do querelante para ciência da prisão em flagrante de seu agressor. Neste contexto, considerando que o Código de Processo Penal não contempla a hipótese de comunicação da prisão em flagrante a vítima ou seu representante legal, a quem recairia o dever de pleitear a conversão?

---

<sup>1</sup> Para maior compreensão conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.

<sup>2</sup> É bom observar que a Defensoria Pública somente é comunicada da prisão em flagrante quando o indiciado não indicar advogado no momento de sua prisão, conforme dicção do art. 306, §1 do CPP.

O objetivo do presente estudo é o de melhor compreender a vontade do legislador no que se refere ao regramento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, como passaremos a demonstrar.

## 2 – A nova sistemática das prisões cautelares:

O Direito Processual Penal brasileiro há muito exige uma reforma, ou melhor, a construção de um sistema de medidas cautelares, ante a frágil redação originária do Código de Processo Penal.

Durante décadas, em matéria de medidas cautelares, persistiu a concepção de que o Direito Processual Penal contemplava cinco modalidades de prisões provisórias (temporária<sup>3</sup>, flagrante, preventiva, prisão decorrente da pronúncia e a prisão em razão do advento de sentença condenatória recorrível) e duas medidas de contracautela (liberdade provisória e fiança).

Felizmente em 2008 as Leis n. 11.689/08 e 11.719/08 acabaram por extinguir as “prisões automáticas”<sup>4</sup> no momento da pronúncia e da sentença

---

<sup>3</sup> A disciplina da prisão temporária é encontrada na Lei n. 7.960/89.

<sup>4</sup> O Supremo Tribunal Federal também agasalhou o movimento de superação das prisões automáticas, ao reconhecer que apesar de inexistir o efeito suspensivo no Recurso Extraordinário é inviável a imposição do cumprimento antecipado da pena imposta pela sentença. Enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória somente se admite a prisão cautelar, como vemos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

condenatória. Em 2011, com a aprovação da Lei n. 12.403/11, o legislador exterminou a prisão em flagrante como título prisional autônomo que persistia até o advento da sentença condenatória, reconhecendo seu caráter de mero ato administrativo precário, passível de judicialização através da correspondente conversão em prisão preventiva.

Certo é que a prisão preventiva sempre se constituiu como modalidade autônoma de medida cautelar privativa de liberdade e ganhou muito mais *status* com as reformas de 2008 e 2011. Todavia, o grande ponto controvertido da questão reside em saber quais momentos processuais o juiz pode decretá-la de ofício.

Com efeito, não há dúvidas de que as reformas processuais operadas pelas Leis n.ºs 11.719/08 e 12.403/11 reformularam todos os paradigmas das prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, criando um regime próprio de medidas cautelares processuais penais, ou melhor, uma disciplina cautelar processual penal.

Esta nova formatação do regime de cautelares adotou uma concepção há muito sustentada pela doutrina, de implementação do princípio da homogeneidade e da excepcionalidade da prisão cautelar. Assim, novas medidas cautelares foram introduzidas no art. 319 do Código Penal suprimindo os anseios da doutrina.

O legislador, ao menos quando da redação de parte da Lei n. 12.403/11, em um lampejo de razoabilidade prestigiou expressamente no art. 282, incisos I e II os princípios da necessidade e adequação. Por óbvio que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>5</sup> é extraído da conjugação dos dois princípios antecedentes, expressos

---

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. STF - HC 84078 MG - Min. EROS GRAU - 05/02/2009.

<sup>5</sup> Para melhor compreensão da reforma operada pela Lei n. 12.403/11 conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.

no texto legal, revelando que a imposição de qualquer medida cautelar, seja privativa de liberdade, seja restritiva demanda concreta avaliação das circunstâncias do processo.

É bom que se deixe claro que o art. 282 do Código de Processo Penal estabelece as balizas hermenêuticas a serem observadas no momento de decretação de qualquer das medidas cautelares, inclusive as privativas de liberdade.

A nova lei possui certas atecnias, a exemplo da nova redação do Título IX, agora denominado “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”, que traça os parâmetros gerais para a aplicação das medidas cautelares. Ao analisarmos isoladamente o referido Título, poderíamos supor que a prisão, as medidas cautelares e a liberdades provisórias comporiam gêneros distintos e integrariam grupos autônomos.

No entanto, esta não é a melhor interpretação. O novo sistema processual cautelar passa a ser dotado de três modalidades de medidas cautelares: as privativas de liberdade, assim entendidas como a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão domiciliar; as de contracautela consubstanciadas na liberdade provisória e na fiança; e, por último, as cautelares restritivas elencadas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Nesta mesma linha de raciocínio, parece-nos que o legislador promoveu verdadeira reformatação na prisão preventiva que passa a se constituir em um gênero subdividido em quatro modalidades autônomas: a prisão preventiva propriamente dita, com fundamento nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal; a prisão preventiva decretada ou reavaliada no momento da sentença condenatória, com espeque no art. 387, parágrafo único do CPP; a prisão preventiva decretada ou reavaliada no momento da decisão de pronúncia, com fulcro no art. 413, §3º do CPP e, por último, a prisão preventiva advinda da conversão da prisão em flagrante, com fundamento no art. 310, II do CPP.

Em relação à prisão preventiva imposta no momento da sentença condenatória ou com o advento da decisão de pronúncia, não há qualquer sombra de dúvida de que a mesma possa ser decretada de ofício pelo juiz<sup>6</sup>, uma vez que os correspondentes dispositivos conferem ao juiz o dever de avaliar a necessidade da imposição ou manutenção da prisão a título cautelar nestes marcos processuais<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Apesar de a lei, a jurisprudência e parte da doutrina admitirem a imposição da prisão preventiva de ofício em tais momentos processuais, entendemos que em razão da adoção do sistema acusatório não poderia o juiz agir independentemente de provocação, principalmente no que diz respeito à restrição da liberdade do indivíduo. O juiz é personagem inerte da relação processual, daí o porquê de o Ministério Público ostentar as atribuições de *dominus litis* e *custos legis*.

<sup>7</sup> Neste sentido, conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O mesmo se diga em relação à restituição da liberdade do indivíduo, posto que tanto o art. 316, assim como o art. 321 do Código de Processo Penal determinam ao juiz o diuturno controle da necessidade da prisão preventiva, cominando o dever de revogação sempre que ausentes os seus requisitos ou quando não mais existirem os motivos que justifiquem a sua subsistência.

O problema diz respeito às prisões preventivas decretadas com fulcro no art. 311 do CPP (prisão preventiva propriamente dita) e em razão da conversão do flagrante (art. 310, II do CPP).

Em sintética análise, no que tange a prisão preventiva propriamente dita, o art. 311 autoriza a sua decretação de ofício somente no curso da ação penal, mas nunca na fase de investigação, que pressupõe a apresentação de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Trata-se de restrição que se compatibiliza com o regime probatório e a necessária imparcialidade do juiz, personagem do processo que não pode se envolver com circunstâncias capazes de permitir a coleta de prova da materialidade e de indícios de autoria, requisitos estes necessários para o embasamento da deflagração da ação penal.

Aliás, o fundamento também consta do art. 282, §2º do CPP que impede a decretação das medidas cautelares no curso do inquérito policial de ofício pelo juiz. Adota-se o raciocínio de que na fase pré-processual não deve haver a iniciativa do órgão jurisdicional que deverá ser sempre provocado, seja para o deferimento de medida probatória que dependa de autorização judicial (i.e. interceptação telefônica) seja para a imposição de medidas cautelares.

A problemática então surge com a prisão em flagrante e sua conseqüente comunicação ao juiz. Neste caso, poderia o magistrado realizar a conversão do flagrante em prisão preventiva independentemente de requerimento da acusação ou da autoridade policial? Antes da resposta a tal indagação, faz-se necessária a compreensão da dimensão do sistema acusatório no sistema processual penal brasileiro e o necessário entendimento de que a imparcialidade do juiz também se desdobra na proibição de sua intervenção pró-ativa no processo, seja pelas iniciativas probatórias, seja pela imposição das medidas cautelares<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Infelizmente o Código de Processo Penal permite ao juiz a decretação, de ofício, das medidas cautelares durante o curso da ação penal (arts. 282, §2º e 311 do CPP), assim como a produção probatória de ofício na forma do art. 156 do CPP, constituindo duas grandes falhas do ordenamento processual penal brasileiro.

### **3 – O sistema acusatório e a iniciativa do juiz – a conversão da prisão em flagrante de ofício:**

Como visto, muitos tentam justificar nos caracteres do sistema acusatório a necessidade de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial como elementos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

No estudo do Direito Processual Penal é muito cristalina a divisão teórica de dois grandes sistemas, o inquisitivo e o acusatório.

Qualifica-se o sistema processual inquisitivo pela ausência de contraditório; pelo caráter sigiloso e tarificação nos meios de prova; e, notoriamente, pela acumulação de funções em um único órgão, o que leva um mesmo personagem do processo a exercer os encargos de acusação, defesa e julgamento do acusado.

No sistema acusatório verifica-se o total antagonismo com o sistema antecedente. Neste sistema predomina a garantia do contraditório na relação processual; o processo é dotado de publicidade; há liberdade na produção e avaliação dos meios de prova; e, principalmente, há nítida divisão de tarefas, cabendo a pessoas distintas o exercício da função acusatória, a de defesa e a de julgamento, esta última caracterizada pela necessidade de imparcialidade e inércia do julgador.

Pois bem, não paira qualquer sombra de dúvida de que o Brasil não adota o sistema inquisitivo, diante da clara divisão de tarefas entre os personagens da relação processual e pela inúmera gama de princípios constitucionais que tratam da disciplina processual penal. Todavia, o mesmo consenso não é encontrado quando da adoção da concepção de que o Brasil adota o sistema acusatório.

Isto porque, inobstante nosso ordenamento preconizar pela ampla defesa, contraditório, publicidade, divisão de tarefas entre a acusação e defesa com a conseqüente paridade de armas, verifica-se que o órgão afeto ao exercício da jurisdição, apesar de inerte e imparcial pode agir pró-ativamente, ao interferir na produção de provas (art. 156 do CPP), nas iniciativas afetas ao Ministério Público (art. 28 e 384 do CPP), bem como deferir medidas cautelares de ofício no curso do processo (art. 282, §2º e 384 do CPP, além de diversas leis esparsas).

Assim, faz-se necessário reconhecer a premissa de que o Brasil adota um sistema acusatório impuro, ou um sistema misto como definido por parte da doutrina, ante a existência de caracteres que particularizam o sistema processual brasileiro, desnaturando a definição doutrinária do sistema acusatório.

Certo é que diante da formatação peculiar do sistema acusatório no Brasil, temos que analisar a situação processual criada pelo art. 310, II do Código de Processo Penal e compreender a possibilidade de atuação jurisdicional “sem provocação”.

Aury Lopes Jr., em recente estudo desenvolvido sobre a nova alteração legislativa adverte que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva demandaria requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, por entender inconstitucional a decretação de ofício pelo juiz<sup>9</sup>.

Defende o doutrinador que a adoção do sistema acusatório impede que o juiz adote qualquer postura pró-ativa, seja quanto a determinação de medidas cautelares, inclusive a prisão e a produção de provas no processo.

André Nicolitt<sup>10</sup> reconhece ser impossível ao juiz o ativismo na decretação de medidas cautelares. No entanto, quando trata da questão referente à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva o autor deixa de enfrentar a controvérsia aqui analisada, manifestando-se apenas no sentido de que seria prudente ao juiz ouvir o Ministério Público antes de operar a conversão, visto que o órgão acusatório poderia não concordar com os elementos constantes do inquérito, entendendo necessária a baixa para a realização de outras diligências.

Com o devido respeito aos citados autores, tal posição não se afigura a mais adequada. Exigir a manifestação do Ministério Público quanto à conversão da prisão é simplesmente impor exigência que não possui previsão legal e, conseqüentemente, dilatar a manutenção de uma restrição corporal sem o correlato título prisional. Relembre-se que a prisão em flagrante, como ato administrativo de natureza precária tem prazo certo de duração.

Neste ponto, não se pode deixar de registrar que cabe a autoridade policial a comunicação da prisão no prazo de 24 horas, sob pena de aquela restrição administrativa afigurar-se ilegal. Efetuada a comunicação, competirá ao juiz realizar uma das situações do art. 310 do Código de Processo Penal, visto que a duração da prisão em flagrante se esgota com a conseqüente comunicação. Admitir a interferência do Ministério Público, seja para requerer ou se manifestar sobre a conversão é simplesmente ignorar as garantias constitucionais e o próprio contraditório, posto que

---

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 39.

<sup>10</sup> NICOLITT, André. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 43

não se garante à defesa oportunidade para assim se manifestar sobre a impossibilidade de conversão em prisão preventiva após a comunicação da prisão em flagrante<sup>11</sup>.

Neste contexto é nítido o contrasenso em se exigir o requerimento ou manifestação do órgão acusatório para a conversão, visto que o Ministério Público na grande maioria e para não dizer a totalidade dos casos, em nada contribuirá para a conversão, mas apenas apresentará argumentos baseados nas informações do auto de prisão em flagrante, as quais, diga-se de passagem, o juiz já dispõe.

É praticamente impossível que no prazo de 24 horas, tempo este razoável para que o juiz possa analisar o auto de prisão em flagrante e adotar uma das providências do art. 310 do CPP, o Ministério Público possa reunir outros elementos capazes de embasar o requerimento de prisão. O contexto da prisão em flagrante certamente permanecerá o mesmo e o Ministério Público em nada contribuirá.

Logo, voltando a indagação inicial de nosso estudo, a resposta sobre a possibilidade de o juiz realizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a nosso ver é positiva, pois cabe ao juiz o dever de adotar qualquer uma das medidas do art. 310 do Código de Processo Penal, independentemente de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.

Relembre-se que não estamos diante de uma situação que demande a necessária produção de elementos de prova necessários para a decretação da prisão preventiva, como dispõem os arts. 311 e 312. Muito pelo contrário, os elementos constantes do auto de prisão em flagrante e a própria comunicação judicial já são suficientes para permitir ao juiz a realização do juízo de valor acerca da necessidade da conversão, diante da presença dos requisitos da prisão cautelar, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Se assim não o fosse, o art. 310 do CPP seria redigido de modo a comportar dois resultados, o do relaxamento de prisão e o da concessão da liberdade provisória. Eventual imposição de prisão preventiva ficaria a cargo do Ministério Público que a partir da comunicação deveria reunir elementos capazes de embasar o requerimento de prisão preventiva.

A redação do art. 310 do Código de Processo Penal utiliza-se em seu *caput* do verbo imperativo “deverá”. Assim, ao receber a comunicação da prisão em

---

<sup>11</sup> É bem verdade que o art. 282, §3º do Código de Processo Penal exige a observância do contraditório no momento da imposição de alguma das medidas cautelares, salvo nas hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

<sup>12</sup> Nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher o art. 41 da Lei n. 11.343/06 impede a incidência de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Logo, afigura-se possível a imposição da prisão em flagrante às infrações de menor potencial ofensivo.

flagrante caberá ao Juiz, mediante decisão fundamentada, avaliar de início, a legalidade da prisão em flagrante. Superado o exame da validade da prisão o juiz sopesará a eventual desnecessidade da prisão cautelar (art. 321 do CPP) com a possibilidade de imposição de alguma das medidas cautelares restritivas (arts. 319 e 320 do CPP) ou das medidas de contracautela (liberdade provisória e fiança).

Se a restituição da liberdade do indivíduo puser em risco a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou se for conveniente à instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, demonstrado o perigo por meio de elementos concretos do auto de prisão em flagrante, caberá ao juiz realizar a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Em nenhum momento o legislador exige a manifestação das partes ou da autoridade policial quando do momento da conversão do flagrante em prisão preventiva, até porque não estamos diante de hipótese de atividade de iniciativa do juiz. A comunicação da prisão em flagrante em si é provocação suficiente para demandar a resposta jurisdicional.

Em assim sendo, o que o ordenamento jurídico tutela é a contraposição entre o direito de liberdade, a integridade da sociedade e o bom andamento da investigação ou da instrução processual. E este controle é ínsito ao Juiz, visto que a prisão em flagrante é o ato estatal precário que constata o indício de autoria da infração penal e exige do órgão judiciário pronta resposta acerca da manutenção daquela prisão.

A situação aqui analisada não configura, em essência, atividade realizada pelo juiz “de ofício”. Não! Muito pelo contrário, ao realizar a análise da conversão do flagrante em prisão preventiva o juiz age “no seu ofício”, pois a lei lhe outorgou o dever de fiscalizar a legalidade e a necessidade da prisão em flagrante, com a sua conseqüente conversão.

É certo que o legislador acabou criando verdadeira distorção no sistema pelo seguinte motivo: enquanto os arts. 282, §2º e 311 do CPP vedam a imposição, por iniciativa própria do juiz, da prisão preventiva em sentido estrito (arts. 311 e 312) no curso do inquérito – uma autêntica medida cautelar privativa de liberdade, o §4º do art. 282 autoriza que o juiz possa decretar a prisão preventiva de ofício quando configurado o descumprimento de alguma outra medida cautelar imposta.

Em outras palavras, o juiz não pode decretar a prisão preventiva no curso da investigação uma vez ser necessário o requerimento acusatório ou a representação da autoridade policial. No entanto deferida a imposição de alguma das medidas cautelares restritivas (arts. 319 e 320 do CPP) poderia o juiz, de ofício, rever as medidas já impostas e até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva, independentemente do momento, processual ou pré-processual.

Na realidade, torna-se necessária a compreensão de que quando o art. 282, §4º do CPP determina que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, possa o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, não sendo contemplada a figura da autoridade policial, o que o legislador quer dizer é que a revisão da imposição das medidas cautelares de ofício pelo juiz só pode ocorrer no curso do processo, onde apenas atuam o MP, o Querelante e o assistente de acusação.

Ao elencar os personagens que atuam no processo penal, alguns com exclusividade, a exemplo do assistente de acusação que não atua durante o inquérito policial e não conferir legitimidade à autoridade policial, que só atua na fase inquisitorial, o legislador deixa claro que a revisão de ofício das medidas restritivas e a conseqüente imposição da prisão preventiva pelo descumprimento das demais cautelares só se afigura possível no curso da ação penal, onde o legislador resiste em manter o ranço de outorgar iniciativa ao juiz.

Um outro ponto que reforça a tese de que o juiz deve realizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva independentemente de requerimento, diz respeito ao tratamento referente às prisões por crimes de ação penal privada. Isto porque, a lei não exige a comunicação do ofendido acerca da prisão em flagrante do indiciado, apesar de esta só poder ser realizada mediante seu próprio requerimento.

Atualmente, o rol de crimes afetos à ação penal privada no Código Penal resume-se a: crimes contra a honra (arts. 138 a 140), crimes contra o patrimônio (arts. 161, §3º, 163, IV, 164 e 179), crimes contra a propriedade imaterial (art. 184, caput), crimes contra a família (art. 236), crimes contra a administração da justiça (art. 345).

Apesar de quase todos serem da competência dos Juizados Especiais Criminais, o que impossibilitaria a imposição da prisão em flagrante desde que assumido o compromisso a que alude o art. 69, parágrafo único da Lei n. 9.099/95<sup>12</sup> e também estarem dentro do patamar do art. 313, I do Código de Processo Penal, o que impediria a cominação da prisão preventiva, é possível, em tese, que uma destas infrações penais possa ser alvo da conversão.

Hipoteticamente<sup>13</sup>, o indiciado que é reincidente em crime doloso e pratica o crime do art. 163, IV (pena de 6 meses a 3 anos) pode ter sua prisão em

---

<sup>12</sup> Nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher o art. 41 da Lei n. 11.343/06 impede a incidência de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Logo, afigura-se possível a imposição da prisão em flagrante às infrações de menor potencial ofensivo.

<sup>13</sup> Na prática, afigura-se pouco usual a imposição de prisão preventiva em crimes de ação penal privada, ante a diminuta gravidade das condutas que são alvo da queixa-crime.

flagrante convertida em prisão preventiva, visto que o crime não é da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Nesta hipótese, como se trata de crime de ação penal privada, cuja iniciativa é afeta o querelante, não seria possível ao Ministério Público se manifestar quanto a eventual prisão do indiciado. E, como visto, o querelante não é cientificado da prisão em flagrante<sup>14</sup>, apesar de participar da confecção do auto de prisão em flagrante na qualidade de vítima, requerendo a imposição da restrição corporal administrativa, como manda o art. 304 do Código de Processo Penal.

Admitir que a conversão da prisão em flagrante pressuponha requerimento do Ministério Público nos levará a situação em que o juiz não poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva nos crimes de ação penal privada, visto que o MP não terá legitimidade para se manifestar sobre a conversão e o ofendido não é apontado no rol de pessoas que serão comunicados da prisão em flagrante.

Em outras palavras, o ofendido se manifestará favoravelmente à prisão em flagrante no momento da lavratura do auto de prisão, mas não será informado de que o auto de prisão em flagrante foi comunicado à autoridade competente, o que impedirá a formulação do requerimento de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Por estas e outras razões é que não há como admitir que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva demande a necessidade de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

#### **4 – Conclusão:**

Não temos dúvida de que a reforma do Código de Processo Penal operada pela Lei n. 12.403/11 promoveu verdadeira revolução no processo penal cautelar brasileiro, seja ao estabelecer princípios, seja ao tipificar as possíveis medidas cautelares a serem impostas no curso do processo.

A inovação de um sistema cautelar chega em excelente momento, diante da crescente atuação judicial no combate a criminalidade e a necessidade de se desinchar o já abarrotado sistema prisional brasileiro.

Em que pesem as posições contrárias, não nos parece que a conversão do flagrante em prisão preventiva dependa de requerimento do órgão acusatório, inviabilizando a iniciativa automática do juiz.

---

<sup>14</sup> Observe-se que o art. 201, §2º do Código de Processo Penal determina apenas a comunicação do ofendido em relação aos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão. Logo, não há qualquer exigência legal quanto a comunicação da prisão realizada na fase inquisitorial.

Como visto, a prisão preventiva adquiriu novo formato a partir das alterações operadas pelas Leis n.s 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11 que estabeleceram quatro espécies do gênero prisão preventiva.

O *caput* do art. 310 adota comando imperativo, pois determina ao juiz a adoção fundamentada de uma das três providências constantes de seus incisos. Logo, o relaxamento da prisão, a concessão da liberdade provisória e a conversão do flagrante em preventiva devem ser examinados pelo juiz independentemente de requerimento da defesa ou do órgão acusatório.

Estando demonstrada no auto de prisão em flagrante a necessidade de imposição da medida cautelar, caberá ao juiz avaliar a situação concreta, optando por uma ou algumas das medidas cautelares restritivas dos arts. 319 e 320 do CPP ou, em último caso, decidir pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando as outras medidas não se afigurarem adequadas ou suficientes.

Logo, apesar das inúmeras inconsistências do ordenamento processual penal brasileiro que em diversos momentos admite a postura ativa do magistrado, a nosso ver, não há como extrair interpretação diversa no sentido de ser vedado ao juiz a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício, diante da redação da Lei n. 12.403/11.

#### **Referências Bibliográficas:**

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NICOLITT, André. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- POLASTRI, Marcellus. *Da prisão e da liberdade provisória na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.



## **A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E A INVIOABILIDADE DA PRIVACIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO**

*Guilherme Luis Quaresma Batista Santos*

Mestrando em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor jurídico atuante na cidade do Rio de Janeiro, RJ.

**Resumo:** Este artigo define o denominado “processo eletrônico” e a aplicação e ponderação das garantias fundamentais da publicidade dos atos processuais e da inviolabilidade da privacidade e da intimidade da pessoa neste novo meio extrínseco e digital do processo.

**Abstract:** This article defines the called "electronic procedure", and the application and consideration of the fundamental guarantees of publicity of procedural acts and of inviolability of privacy and intimacy of the person in this new and digital extrinsic form of procedure.

**Palavras-chave:** Direito Processual. Processo Eletrônico. Procedimento. Publicidade. Privacidade.

**Keywords:** Procedure Law. Electronic Procedure. Proceeding. Publicity. Privacy.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O “processo eletrônico” ou o fenômeno da informatização do processo judicial; 3. Atos processuais no processo eletrônico; 4. O princípio da publicidade dos atos processuais; 5. A garantia constitucional de defesa da privacidade como limite à publicidade dos atos; 6. As vantagens e os riscos dos modelos de processo eletrônico adotados atualmente; 7. A extensão do princípio da publicidade dos atos processuais no processo eletrônico; 8. O acesso aos advogados aos autos do processo eletrônico: análise da questão no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Conselho Nacional de Justiça; 9. Conclusões; Referências bibliográficas

*“Tenho medo do escuro /  
tenho medo do inseguro /  
dos fantasmas da minha voz.”*

Vanessa da Mata. *Não Me Deixe Só*. Sony BMG, 2002.

## 1. Introdução:

O novo e o desconhecido sempre assustaram as pessoas. Em tudo. Dos grandes feitos da Humanidade até as invenções e as descobertas mais simples.

Mesmo hoje em dia, no início do século XXI, não é difícil encontrar pessoas que ainda se encantam e se assustam com as novas tecnologias da informação – e até, mesmo conhecendo-as, olham para as novidades com desconfiança. Vive-se em uma sociedade onde computadores, das mais variadas formas e funções, se espalharam em quase todas as atividades humanas, tanto laborais, como recreativas.

*Ubi societas ibi jus*. Se os computadores e a rápida transferência de dados e informações fazem parte há muito tempo do cotidiano de grande parte dos seres humanos, por que esta mudança seria diferente no Direito (ou melhor, indiferente a este)? Sendo fruto da necessidade de organização social, o Direito e, principalmente, o Processo (instrumento estatal por excelência para a solução dos conflitos) não podem ficar alheios ao que se passa fora dos portões dos seus fóruns.

Aliando-se ainda o apelo ecológico e a necessidade de busca de sustentabilidade ambiental nas atividades humanas, crescentes desde a década de 1970, torna-se cada vez mais real o denominado “processo eletrônico”.

O assombro e a desconfiança com o uso de computadores e da transmissão telemática de dados não é privilégio das recentes tecnologias de comunicação. O uso por advogados e magistrados de uma saudosa e conhecida máquina – a máquina de escrever – também era causa de desconfiança e assombro por muitas pessoas há quase um século.

O prof. *Augusto Tavares Rosa Marcacini*, em recente e excelente tese de livre-docência defendida na Universidade de São Paulo (USP), traz o impacto, nas primeiras décadas no século passado, da máquina datilográfica nos processos judiciais.<sup>1</sup>

Criadas em 1867 e postas no mercado pela primeira vez em 1874, as máquinas de escrever trouxeram dúvidas quanto à segurança da informação em seu uso em autos processuais, domínio onde, na feliz expressão de *Renato de Magalhães Dantas Neto*, classicamente predominavam o papel e a tinta.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual*. 2011. 456 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Universidade do Estado de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. pp. 28-32.

<sup>2</sup> DANTAS NETO, Renato de Magalhães. “Autos virtuais: o novo ‘layout’ do processo judicial brasileiro.” *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n.º 194, abril 2011. p. 178.

Pairavam dúvidas quanto à autenticidade dos escritos (o que não se constatou que não era problema, pois a tinta da máquina de escrever era indelével) e - o que será objeto deste artigo - ao conhecimento antecipado das decisões, antes de sua publicação.

O ilustre professor *Augusto Marcacini*, em suas pesquisas, encontrou um acórdão do Tribunal de Justiça paulistano no Agravo n.º 16.886, julgado em 27 de setembro de 1930, que assim tratada a questão:

*Duas allegações principaes fazem-se contra as sentenças datylographadas: a primeira de que facilita seu conhecimento antes de publicada, e a segunda, de que, não sendo indelével a tinta das machinas e podendo ser facilmente corrigido o escripto, póde este desaparecer, ou ser alterada a decisão.*

*Nenhuma dessas alegações, porém, é procedente: quanto á primeira, basta que o juiz declare, no final da mesma, que foi ella por elle escripta em machina de seu uso; e quanto á segunda, os interessados devem pedir logo que a sentença fôr proferida, uma certidão della “verbo ad verbum”, até que os juizes tomem a resolução, que pareça aconselhavel, ou de mandar registrar suas sentenças, ou de determinar, ao rematal-as, que o escrivão, sem perda de tempo, faça copial-a por pessoa de bôa caligraphia, de modo que as partes intimadas da sentença, poderão verificar a exactidão da copia.<sup>3</sup>*

Ora, a Humanidade não é estática. Os homens sempre evoluem e, junto com eles, as suas atividades, ofícios e estilos de vida. E acompanhando essa evolução, surgem novas tecnologias e, com estas, novas dúvidas e conflitos que devem ser ponderados e contornados.

Quando os riscos trazidos pelas novas tecnologias são superados pelos benefícios que elas podem proporcionar, aí se verifica a natural adoção delas nas atividades sócio-econômicas.

Isto ocorreu no século passado na substituição da caneta à tinta pela máquina de escrever; e, bem posteriormente, pelos computadores que, munidos de impressoras, substituíram gradualmente aquelas máquinas.

---

<sup>3</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo n.º 16.886, Rel. Des. Antonino Vieira, j. 27/09/1930, *Revista dos Tribunais* n.º 76, pp. 100-101. Ortografia no original, segundo os padrões vigentes à época. *apud* MARCACINI. *Op. cit.* p. 30.

Hoje, contudo, novas dúvidas e espantos surgem diante da substituição não mais da tinta, mas do próprio papel, suporte tradicional e arraigado à própria imagem do Poder Judiciário pela sociedade, por arquivos numéricos binários ou digitais.

Das diversas dúvidas que o processo digital suscita, interessa-nos aqui neste artigo o conflito entre duas garantias, a da *publicidade dos atos processuais* e a de *inviolabilidade da privacidade das pessoas*, mormente diante das notícias que todos temos de atuação ilegal de *hackers* em sítios internet de empresas e órgãos governamentais à busca de informações e de quebra de mecanismos de segurança.<sup>4</sup>

De fato, como se dará o acesso aos autos processuais, agora de forma eletrônica? Qualquer um poderia ter acesso a suas peças? Como os advogados teriam acesso a estes autos? Seus direitos poderiam ser limitados de qualquer forma?

E a segurança de pessoas e empresas quanto a documentos pessoais ou empresariais importantes ou sigilosos, como documentos fiscais, extratos bancários, projetos industriais, etc?

Para tanto, passa-se à análise do que seria o denominado “processo eletrônico” para que, depois, seja feita uma nova análise destas garantias e, ao final, possa-se realizar a ponderação destes princípios neste “admirável processo novo” que se apresenta cada vez mais presente no dia-a-dia dos operadores do Direito.

## 2. O “processo eletrônico” ou o fenômeno da informatização do processo judicial:

Tanto se fala atualmente, nos meios jurídicos brasileiros, no denominado “processo eletrônico”. Trata-se de termo em voga, a grande novidade tecnológica no âmbito jurídico que na última década tem sido implantada paulatinamente nos diversos Tribunais de nosso país.

Algumas observações, no entanto, devem ser feitas não somente quanto ao uso desta denominação, inclusive pelo próprio Poder Judiciário, mas quanto ao correto entendimento do que seria efetivamente o processo eletrônico.

*Processo* é um termo técnico, usado pelo Direito Processual, mas que, na própria praxis forense, adquire outros significados, os quais são quotidianamente empregados,

---

<sup>4</sup> Ainda é recente em nossas memórias a notícia da invasão por *hackers* aos servidores de jogos online da Sony, como se vê na seguinte reportagem, feita pela Agência de Notícia Reuters: “02/05/2011 - **Sony desliga serviço de jogos após invasão hacker** – (...) A notícia ocorre menos de uma semana após a Sony alertar seus clientes de que um hacker invadiu a Sony PlayStation Network e sequestrou nomes, endereços, senhas e, possivelmente, números de cartões de crédito dos 77 milhões de clientes.” < <http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2011/05/02/sony-desliga-servico-de-jogos-apos-invasao-hacker.jhtm> >. Acesso em 02.set.2011.

inclusive, pelos seus operadores.

Assim, é importante distinguir o Processo, como “*exercício da função jurisdicional [que] visa à formulação*” (i.e., o processo de conhecimento) “*e à atuação prática da norma jurídica concreta*” (o processo de execução) “*que deve disciplinar determinada situação*”,<sup>5</sup> da forma em que ele se exterioriza para o mundo.

À apresentação (ou aos meios de exteriorização do processo), regulada por lei, “*pela qual se realizam e se sucedem os atos processuais*”,<sup>6</sup> denomina-se tecnicamente de procedimento, que se substancia nos *autos processuais*, tradicionalmente de papel.

Esta distinção encontra-se na própria origem do Processo como ciência jurídica autônoma, distinta do estudo sobre o Direito Material, quando Oskar von Bülow definiu, logo na primeira página de sua conhecida obra “*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*”, o Processo como “*uma relação de direitos e obrigações recíprocas, isto é, uma relação jurídica*”.<sup>7</sup>

Assim, caracteriza-se o Processo, segundo von Bülow, como sendo “*uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo*”, de modo a se diferenciar do mero procedimento, que não é a relação de Direito Público que se desenvolve de modo progressivo entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz, em regra), mas “*aquele aspecto da noção de processo que salta aos olhos da maioria: sua marcha ou avanço gradual*”.<sup>8</sup>

Estas noções preliminares são importantes para que se saiba que, por processo eletrônico, trata-se, na verdade, de uma nova forma de exteriorizar, por meio digital, os atos processuais, ou seja, um novo meio ou *procedimento*.

Neste sentido, o professor José Carlos de Araújo Almeida Filho chega à conclusão “*que o Brasil adota, ainda que sob a terminologia equivocada, o procedimento eletrônico, como sendo processo eletrônico, ou, pior ainda, processo virtual*”.<sup>9</sup>

Contudo, a nosso ver, este mesmo professor se equivoca ao denominar sua obra de “Teoria Geral do Processo Eletrônico”, pois, ao se falar de processo eletrônico ou digital, trata-se, como visto acima, apenas da forma eletrônica (ou melhor, digital) por

---

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 21ª ed. rev. e atual. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 03.

<sup>6</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>7</sup> BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 01. Tradução livre para o português.

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 02. Grifos do próprio autor.

<sup>9</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*: A Informatização Judicial no Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 123.

meio da qual exteriorizar-se-ão os atos processuais. Não se trata de um novo ramo do Processo, como é o caso, por exemplo, do Processo Civil, do Processo Penal, do Processo Trabalhista ou do Processo Administrativo, nos quais incidem princípios e institutos próprios, ao lado daqueles que, pela Teoria Geral do Processo, são comuns a todos; ao revés, como bem escreveu *Augusto Tavares Rosa Marcacini*, apenas “*é eletrônica, ou melhor, digital, a forma do ato processual*”.<sup>10</sup>

Deve-se apropriar aqui, nova e oportunamente, da bela comparação que *Renato de Magalhães Dantas Neto* faz entre os autos tradicionais - de papel - e o processo eletrônico. Sendo o processo um ato harmônico de atos, ele se inicia - como bem sabemos - com a descrição fática e fundamentada da pretensão do autor acompanhada de pedidos. Em seguida, passa-se à distribuição desta inicial, seu sorteio a uma das Varas competentes (quando não for a única Vara da Comarca), a sua atuação e sua análise pelo juiz. Determinada a sua citação pelo magistrado (caso não haja necessidade de ementas), este ato é certificado e a resposta do réu é aguardada, na qual constarão as versões fáticas e teses jurídicas a serem apreciadas.

Todos estes atos, diz *Renato de Magalhães Dantas Neto*, são tradicionalmente praticados “*em uma folha de papel, atualmente impressa, antes datilografada e em um passado mais remoto, escrita a tinta (...), razão pela qual o processo judicial sempre foi e continua sendo um verdadeiro depositário de informações que utiliza-se do papel como receptáculo de armazenamento da informação*”.<sup>11</sup>

Veja-se, assim, que a grande mudança no processo eletrônico não se encontra nos ritos, nem nas normas e nas garantias processuais, mas simplesmente na substituição do papel por um novo meio (agora, digital ou numérico) que sirva para depositar e guardar as informações que constariam por escrito nos autos processuais tradicionais. “*O fato de não ter que folhear papel e busca da informação desejada não significa que a forma intrínseca do processo foi alterada*”.<sup>12</sup>

Contudo, apesar destas explicações acerca do objeto de estudo deste artigo, percebe-se que a legislação e as pessoas acabaram por adotar, no Brasil, o termo “processo eletrônico”, e não “procedimento eletrônico” ou “processo digitalizado” quando se referem ao fenômeno da informatização (ou telematização) do meio de processamento (*i.e.*, dos autos) processual(is).

---

<sup>10</sup> MARCACINI. *Op. cit.* p. 63. Deve-se notar aqui a observação nesta mesma página, *infra*, feita por aquele pesquisador de que o adjetivo “virtual” deve ser evitado ao se falar de processo eletrônico ou digital, uma vez que este termo é associado como contrário a algo “real” ou “existente” no mundo das coisas, de modo que “*empregar tal adjetivo para qualificar o Direito, o Processo ou a Justiça produz resultados que soam muito mal aos ouvidos, pois remetem para o significado de Direito, Processo ou Justiça inexistentes, irreais, simulados ou apenas potenciais*”.

<sup>11</sup> DANTAS NETO. *Op. cit.* p. 177.

<sup>12</sup> *Idem.* p. 178.

Curiosamente, o uso de computadores não é recente, nem o da própria Internet. O primeiro computador eletro-mecânico foi construído em 1936 pelo engenheiro alemão *Konrad Zuse* a partir de relês que executavam os cálculos e dados lidos em fitas perfuradas; contudo, este computador, o Z1, não foi desenvolvido pelo governo nazi-socialista alemão, de modo que o computador desenvolvido na década de 1940 pelo exército norte-americano, o *Electronic Numeric Integrator and Calculator* (ENIAC), se tornara mais conhecido pelas pessoas como sendo o primeiro computador.<sup>13</sup> Contudo, somente na década de 1980 é que se iniciou a popularização da informática, com os computadores pessoais (PCs).

Já a moderna Internet teve origem também em aplicações militares, a ARPAnet, rede interligada de comunicação entre computadores desenvolvida pela *Defense Advanced Research Projects Agency* (ARPA) em 1969, com o auxílio de universidades norte-americanas.<sup>14</sup>

Os indícios de que uma informatização processual começou a aparecer no Brasil datam da década de 1990, quando alguns Tribunais (de forma pioneira, o de Justiça do Rio de Janeiro) implementaram, antes mesmo da popularização da Internet no país, sistemas de consulta processual via *bulletin board system* (BBS).<sup>15</sup>

No plano da legislação, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, parece que o primeiro diploma a tratar do uso de meios eletrônicos de comunicação para a prática de atos processuais não fora a Lei n.º 9.800, de 1999, mas, por mais curioso que seja, teria sido a *Lei do Inquilinato* (Lei n.º 8.245/1991), que, no seu art. 58, IV,<sup>16</sup> permite o uso de telex ou de *fac-símile* para a *citação* da parte adversa em uma ação de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisional de aluguel ou renovatória de locação, *desde que* a locatária seja uma pessoa jurídica ou empresário individual e, principalmente, que haja a previsão contratualmente estipulada pelas partes para tanto; todavia, como ressaltou *Almeida Filho*, não há conhecimento que este procedimento tenha sido alguma vez adotado, nem que haja jurisprudência sobre o assunto.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup>Dados obtidos do verbete “Computador” na *Wikipedia*, em português, em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Computador> >. Acesso em 21 jun 2011.

<sup>14</sup> Vide verbete “Internet” na *Wikipedia* em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet> >. Acesso em 21 jun 2011.

<sup>15</sup> ALMEIDA FILHO. *Op. cit.* p. 25.

<sup>16</sup> **Art. 58.** Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte:

(...) IV - desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação far-se-á mediante correspondência com aviso de recebimento, ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, também mediante telex ou *fac-símile*, ou, ainda, sendo necessário, pelas demais formas previstas no Código de Processo Civil;

<sup>17</sup> *Op. cit.* p. 26.

Assim, parece que a primeira lei que, efetivamente, iniciou a informatização dos atos processuais foi a conhecida *Lei do Fax* (Lei n.º 9.800/1999) que permitiu o envio de petições escritas por *fac-símile*, com validade, desde que o original fosse protocolado em até cinco dias ou do término do prazo processual ou, se não houver prazo para a prática do ato, em até cinco dias do recebimento pelo Tribunal do *fac-símile* da peça transmitida.<sup>18</sup> Tida por *José Carlos Almeida Filho* por uma lei que nada acrescentou para a aceleração do Judiciário, pois “*transformou-se em verdadeira chicana processual, a fim de se ganhar mais cinco dias, diante da necessidade de protocolo do original no aludido prazo*”, a Lei n.º 9.800/99, em nossa opinião, foi, na verdade, um importante passo não apenas para a interposição de recursos em tribunais distantes, mormente em um país como o Brasil, notoriamente conhecido por ser o quinto maior país do mundo, mas também, no dizer de *Augusto Marcacini*, para que fosse dado espaço para o uso de novas e futuras tecnologias da informação, vez que a norma legal autorizava “*a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar*” para esta finalidade.<sup>19</sup>

O passo seguinte foi dado em 2001, com a promulgação da *Lei dos Juizados Especiais Federais* (Lei n.º 10.259), que previu a prática de atos processuais de forma eletrônica, dentre os quais os atos de intimação e de peticionamento.<sup>20</sup>

Entretanto, as maiores alterações legislativas sobre a informatização do processo somente viriam no ano de 2006, com a promulgação de quatro leis sobre o tema.

Destas leis, três delas trouxeram alterações ao Código de Processo Civil. A primeira delas, a Lei n.º 11.280/06, trouxe uma redação ao parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil (parágrafo este que havia sido anteriormente vetado durante a sanção presidencial à Lei n.º 10.259/2001), permitindo aos tribunais disciplinarem a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meio eletrônico.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> **Art. 2º** A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 37.

<sup>20</sup> **Art. 8º** As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria).

(...) § 2º Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

**Art. 14.** Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...) § 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

<sup>21</sup> **Art. 154.** (...)

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade,

Já a Lei n.º 11.382/06 trouxe a regulamentação do que comumente se denominou nos tribunais como “penhora *online*”, dando a possibilidade ao magistrado de se realizar a penhora não apenas de ativos depositados ou investidos em estabelecimentos bancários,<sup>22</sup> mas outrossim de bens móveis e imóveis por meio do computador.<sup>23</sup>

Também foi promulgada a Lei n.º 11.341/2006 que permite o uso de repertórios eletrônicos de jurisprudência credenciados para a comprovação de julgados, permitindo, inclusive, a utilização de acórdãos retirados dos sítios internet dos próprios Tribunais.<sup>24</sup>

A alteração mais importante ao estudo deste artigo veio somente no final do ano de 2006, com a promulgação da Lei n.º 11.419, que dispõe, como bem explicitado na sua ementa, sobre a informatização do processo judicial, consagrando nela o termo processo eletrônico.

É importante ressaltar que a informatização do processo não é um fenômeno isolado no Brasil. Como ressaltado por *José Carlos Almeida Filho*,<sup>25</sup> trata-se de fenômeno presente em outros ordenamentos jurídicos, como nos Estados Unidos, onde se vislumbra o desenvolvimento, desde o início da década de 1990, do sistema de *e-filing* (i.e., de peticionamento eletrônico), que se caracteriza apenas como um sistema de “*processamento de armazenamento de dados, com tendência a eliminar a burocracia*

---

integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

<sup>22</sup> **Art. 655-A.** Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

<sup>23</sup> **Art. 659.** A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.

(...) § 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.

<sup>24</sup> **Art. 541.** (...)

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

<sup>25</sup> *Op. cit.* pp.119-122.

*em papel. Mas não há, como se pretende no Brasil, um processo totalmente eletrônico”.*

Há ainda na Itália um avançado programa de processamento eletrônico dos atos processuais, o Projeto “*Processo Civile Telematico*”, desenvolvido pelo Ministério da Justiça daquele país e inserido *pari passu* em apenas alguns Tribunais. Neste mesmo país, vige desde 1º de janeiro de 2002 o Decreto Presidencial n.º 123, de 13 de fevereiro de 2001, que cuida “*da formação, da comunicação e da notificação dos atos do processo civil mediante documentos informáticos*” (art. 2-1).<sup>26</sup>

Outrossim, em França, ao Código de Processo Civil foram acrescentados seis novos artigos (art. 748-1 ao art. 748-6) por um decreto de 2005 para que, a partir de 1º de janeiro de 2009, os envios ou as notificações de atos processuais; de peças; de avisos, advertências e convocações; de relatórios; de processos orais; e de cópias certificadas e mandados oriundos da execução de decisões judiciais podem ser efetuados por via eletrônica,<sup>27</sup> desde que o seu destinatário tenha anteriormente concordado em recebê-los por esta nova via.<sup>28</sup> E, segundo *Serge Guinchard*, desde 1º de janeiro de 2011, tornou-se obrigatória a “desmaterialização” de processos nas cortes de apelação francesas (*cours d’appel*), de modo que as *déclarations d’appel* e as *constitutions* tenham que ser agora remetidas à Corte eletronicamente, sob pena de não serem recebidas.<sup>29</sup>

### 3. Atos processuais no processo eletrônico:

Sendo o “processo eletrônico”, como visto acima, um meio moderno proposto, com base nas recentes tecnologias de informação, de prática e exteriorização de atos processuais e que este nova apresentação procedimental já se encontra presente em diversos ordenamentos processuais, torna-se necessário relembrar o que é *ato processual*.

Para tanto, torna-se essencial retornarmos à propedêutica processual, *i.e.*, à Teoria Geral do Processo. E, assim, inevitável o retorno à célebre obra dos professores

<sup>26</sup> **Art. 2** (*Campo di applicazione*)

1. *E' ammessa la formazione, la comunicazione e la notificazione di atti del processo civile mediante documenti informatici nei modi previsti dal presente regolamento.*

2. *L'attività di trasmissione, comunicazione o notificazione, dei documenti informatici è effettuata per via telematica attraverso il sistema informatico civile, fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 6.*

3. *Si applicano le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513, ove non diversamente stabilito dal presente regolamento.*

<sup>27</sup> **Article 748-1.** *Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre.*

<sup>28</sup> **Article 748-2.** *Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique.*

<sup>29</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; et alli. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 30e ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 626.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que nos ensina que “o processo é a resultante de dois componentes que se combinam e completam, e que são a relação processual e o procedimento”.<sup>30</sup>

Ora, deste modo, percebe-se que o processo se caracteriza como uma *relação jurídica complexa*, composta de diversas posições jurídicas ativas e passivas, sucessivas, do seu início até o seu fim. Esta característica de *progressividade* ou *dinamicidade* do processo “é ocasionada sempre por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Estes eventos recebem o nome genérico de fatos processuais”.<sup>31</sup>

De forma idêntica à classificação dos fatos jurídicos em sentido lato, os fatos processuais *lato sensu* se dividem, de acordo com a existência de vontade de alguma pessoa participante do processo em praticá-lo, em *fato processual em sentido estrito* e em *ato processual*.

Enquanto que os fatos processuais *stricto sensu* são fatos que modificam a relação processual, independentemente da vontade dos sujeitos do processo (como, *e.g.*, o decurso natural de um prazo que leve à preclusão ou a morte da parte ou de seu procurador ou mesmo a ocorrência de força maior ou atos da natureza que levem à suspensão do processo), os atos processuais se caracterizam por serem atos voluntariamente praticados por qualquer um dos sujeitos do processo (em regra, autor, réu e juiz), um ato “*apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual*”,<sup>32</sup> “*ainda que com intenções ou em posições diferentes, [mas que] contribuem para um único fim, que é o exercício da jurisdição*”.<sup>33</sup> A esta característica se denomina *unidade de finalidade ou teleológica*.

Mais ainda, os atos processuais se caracterizam também por serem (ao contrário dos fatos processuais) *interdependentes*, de forma que nenhum ato pode ser analisado individualmente, uma vez que “*todo ato praticado no processo vai influenciar os atos subsequentes, da mesma forma que é influenciado por aqueles que o antecederam*”.<sup>34</sup>

Tradicionalmente, os atos jurídicos são classificados de acordo com o sujeito que geralmente os pratica. Dividem-se, doutrinariamente, em *atos do juiz*, *atos das partes* e *atos dos auxiliares da justiça*.

---

<sup>30</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 331.

<sup>31</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>32</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. I. p. 244.

<sup>33</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 274.

<sup>34</sup> *Idem*, *ibidem*.

Por *atos processuais do juiz*, sobressaem os *atos decisórios*, por excelência, nos quais há pronunciamentos do magistrado a respeito de questões processuais, visando à produção de efeitos jurídicos dentro ou fora desses;<sup>35</sup> contudo, estes não são os únicos, de modo que o juiz pratica também *atos de movimentação* (os denominados atos ordinatórios ou despachos de mero expediente); *atos instrutórios ou probatórios*; *atos de coação ou de coerção* e *atos de documentação*.

As *partes* geralmente praticam, a seu turno, *atos postulatorios* por meio de suas petições dirigidas ao magistrado, bem como *atos dispositivos*, *atos instrutórios* e *atos reais*, i.e., “*que se manifestam pela coisa, não por palavras* (re, non verbis)”.<sup>36</sup>

Por fim, os auxiliares da justiça também praticam atos que normalmente podem ser *atos de movimentação*, *atos de execução ou de coerção* e *atos de documentação*, sempre sob a direção e a fiscalização do magistrado, principalmente quanto à segunda espécie de atos.

Com a gradual informatização do procedimento, planeja-se que a maioria destes atos, anteriormente produzidos ou externados em documentos de papel, passe a ser praticada pelos sujeitos processuais em meio digital, com a transmissão de arquivos criados em computador ou digitalizados por meio de *scanners* e marcados com uma assinatura digital que permita a individualização de quem o praticou. Em alguns casos, a informatização do ato poder-se-á dar também em vídeo e som, como no caso de oitiva de pessoas (partes, representantes de pessoas jurídicas, testemunhas, informantes e peritos), cuja experiência tem sido realizada atualmente na 1ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mas aparentemente sem grande êxito até o presente momento.

Segundo a Lei n.º 11.419/2006, o meio eletrônico será usado na tramitação de processos judiciais (art. 1º),<sup>37</sup> com a utilização preferencial da internet (art. 8º).<sup>38</sup> Daí

---

<sup>35</sup> *Idem*, p. 277.

<sup>36</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1. p. 285.

<sup>37</sup> **Art. 1º** O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

nasce a questão acerca da necessidade de todos os atos processuais serem publicados ou não a todos, em um ambiente como a internet, onde as informações podem se espalhar mundialmente em pouquíssimo tempo, sem o menor controle.

Diz a Constituição Federal no seu art. 93, IX que todos os atos processuais devem ser públicos;<sup>39</sup> por outro lado, o mesmo diploma garante a inviolabilidade da intimidade da pessoa, o que justifica exceções à própria garantia processual de publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX),<sup>40</sup> como nos processos em que envolvam, *exempli gratia*, menores de idade ou relações familiares ou ainda haja a divulgação de dados empresarialmente sigilosos, nos quais deve ser decretado segredo de justiça.

Em um processo digital, cujos atos serão praticados e publicados na internet como determinado pela legislação, qual seria o limite desta publicidade? O processo eletrônico reclamaria uma garantia especial de proteção da privacidade?

Estes questionamentos nascem diante do aparente conflito entre um princípio processual importante, o da publicidade dos atos processuais, e a garantia à privacidade, mormente diante de tantas notícias quanto à fragilidade das informações na rede mundial de computadores.

Para tanto, torna-se fundamental neste estudo reanalisar estas duas garantias constitucionais e, depois, ponderar a aplicação destas neste novo procedimento sem papel e em uma nova mídia interativa, como é a internet.

#### **4. O princípio da publicidade dos atos processuais:**

A todo processo, independentemente do fato de seus procedimentos serem praticados em meio físico ou digital, certos princípios e garantias lhe são dirigidos a fim de assegurar que seja um *processo justo* ou, segundo a expressão usada no texto constitucional vigente, que seja um *devido processo legal*.

Dentre estes princípios processuais, deve-se ater a um importante princípio para o presente objeto de estudo, cuja dimensão é o foco das dúvidas suscitadas no início

---

<sup>38</sup> **Art. 8º** Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

<sup>39</sup> **Art. 93, IX** - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>40</sup> **Art. 5º, LX** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

deste artigo: o princípio da *publicidade*.

Oriunda das Revoluções Liberais do século XVIII, a publicidade nasce como reação, mormente na Revolução Francesa, contra os juízos secretos e de caráter inquisitório do *Ancien Régime*. Oriundos da nobreza e, assim, vistos com desconfiança pelo povo, os juízes franceses sofreram nesta época diversas limitações no exercício do poder jurisdicional a fim de que o cidadão se tornasse “o juiz dos juízes”.<sup>41</sup> Para bem ilustrar esta época, *Cintra*, *Dinamarco* e *Grinover* resgataram em sua notória obra o seguinte pronunciamento do *Conde de Mirabeau* perante a Assembleia Constituinte Francesa:

Donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m’importe, pourvu qu’il ne puisse rien faire qu’à le face du public.<sup>42</sup>

O princípio da publicidade ganhou, assim, desde a sua origem, uma “*função política de legitimação do exercício da função jurisdicional, na medida em que o Poder Judiciário, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, não é alcançado pela legitimidade proveniente de eleições populares.*”<sup>43</sup>

Essa exigência por processos e decisões transparentes, nos quais se possam conhecer os motivos, os fundamentos e os resultados de uma sentença proferida por órgão que componha o Poder Judiciário, se tornou essencial à vida do próprio Estado Democrático,<sup>44</sup> de modo que, segundo conhecido adágio em língua inglesa, *justice is not only to be done, but to be seen to be done* (a Justiça não existe apenas para ser feita, mas para ser vista sendo feita).

Pode-se, pois, conceituar o princípio da publicidade dos atos processuais como projeção da garantia constitucional do direito à informação,<sup>45</sup> tratada no art. 5º, XIV da nossa vigente Carta Constitucional,<sup>46</sup> e, segundo o professor *Leonardo Greco*, um dos mais importantes garantias em um processo democrático, por ser o único instrumento eficaz da sociedade de “*controle social sobre a exação dos juízes, ao mesmo tempo em que é importante garantia para as partes, funcionando como verdadeiro freio ao arbítrio do julgador, vez que os seus atos podem ser presenciados por pessoas do*

---

<sup>41</sup> CINTRA; GRINOVER; et DINAMARCO. *Op. cit.* p. 69

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*. Em tradução livre para o português: “Deem-me o juiz que quiserem, parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo, se for de sua vontade, pouco me importa, visto que ele nada poderia me fazer na frente do público”.

<sup>43</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 108.

<sup>44</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; et al. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5e ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 884.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I. p. 240.

<sup>46</sup> Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

povo”.<sup>47</sup>

Em outras palavras, segundo *Loïc Cadiet*, a publicidade designa o conjunto de meios destinados a permitir a informação ao público da existência, o desenvolvimento e a conclusão de uma instância jurisdicional, tornando-se uma garantia tanto de controle da atividade dos juízes, como, por conseguinte, uma garantia ao jurisdicionado contra o arbítrio dos juízes.<sup>48</sup>

Este princípio encontra-se garantido não apenas nas normas de nossa Constituição Federal, mas outrossim em declarações internacionais de direitos fundamentais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,<sup>49</sup> bem como nos nossos principais diplomas processuais infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil,<sup>50</sup> o Código de Processo Penal<sup>51</sup> e a Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>52</sup>

É interessante notar como esta garantia pode ter extensão diferente em cada ordenamento, devido às distintas culturas e momentos históricos de cada nação. Enquanto que no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, todos julgamentos se tornaram públicos (salvo nos casos onde houve decretação de segredo de justiça), sendo hoje as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal até televisionadas para

---

<sup>47</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.* p. 556. Vide também do mesmo professor o seu artigo “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”. in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Versão eletrônica. p. 23.

<sup>48</sup> CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010. p. 660.

<sup>49</sup> **Artigo X:** Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

<sup>50</sup> **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Art. 155.** Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

<sup>51</sup> **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Art. 792.** As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

<sup>52</sup> **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Art. 770** - Os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social, e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

todos os cidadãos, isto não ocorre em outros países.

Tanto é verdade que em França fala-se em publicidade dos *jugements*, e não de todos os atos processuais. Asseverando que “[*é*] normal que os *jugements* possam ser conhecidos de todos”, Serge Guinchard continua, explicando que “[*a*] publicidade dos *jugements*, que não é um prolongamento da publicidade dos debates, é assegurada não somente pela leitura pública nos casos onde ela é prescrita, mas outrossim no fato que toda pessoa, sem nenhuma justificação, tem a faculdade de obter do *escrivain* (*greffier*) uma cópia de todo *jugement* pronunciado publicamente”.<sup>53</sup>

Na Europa, apesar de os debates serem públicos, após a sua realização, os tribunais geralmente cerram suas portas, pondo término à sessão pública para que os magistrados, sem a presença de terceiros, possam deliberar suas opiniões e votos<sup>54</sup> com independência. Esta deliberação reservada, sem a presença de partes ou procuradores, é denominada na Itália como julgamento em *camara di consiglio*.<sup>55</sup>

Nos Estados Unidos, o julgamento nos tribunais também é feito a portas fechadas; contudo, todos os votos são conhecidos posteriormente, inclusive os votos minoritários ou vencidos (*dissenting opinions*) com seus fundamentos. Isto não ocorre nos países europeus em geral, cujos tribunais divulgam apenas a decisão do órgão colegiado, sem revelar se o julgamento foi unânime ou por maioria.<sup>56</sup>

Interessante notar que a Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH), apesar de já ter entendido reiteradamente que a garantia de publicidade se fundamenta no interesse geral de proteger os jurisdicionados contra uma justiça secreta, além de garantir o controle do público sobre os atos judiciais (caso *Werner c/ Áustria*, de 24 nov. 1997), reafirmou em seus julgados que a violação ao princípio da publicidade deve ser aferida *in concreto*.

Nesta averiguação, a CEDH leva necessariamente em conta, em sua análise, a natureza da instância. Deste modo, nos tribunais, aquela Corte entende que as votações pelos magistrados não necessitam ser pública sem, com isso, violar a norma de publicidade do artigo 6 (1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos,<sup>57</sup> uma vez que

---

<sup>53</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; et alli. *Procédure civile. op. cit.* p. 740-741. Cabe ressaltar, aqui, que se trata de expedição, pelo *greffier*, de uma cópia certificada, a exemplo da certidão prevista no art. 155 do Código de Processo Civil brasileiro.

<sup>54</sup> GRECO. *Instituições...* *op. cit.* p. 557.

<sup>55</sup> DINAMARCO. *Op. cit.* p. 242.

<sup>56</sup> GRECO. *Op. cit.* p. 558.

<sup>57</sup> **Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo). 1.** Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a

impedir a publicação dos debates não levaria à violação de nenhum dos princípios fundamentais elencados e protegidos naquele artigo, como decidido no caso *Sutter c/ Suíça* (22 fev. 1984); entretanto, a CEDH é severa na punição pela ausência de publicidade nas jurisdições de 1ª Instância, como se verificou no caso *A.T. c/ Áustria* (21 mar. 2002).<sup>58</sup>

Em todo o caso, independentemente de como a *publicidade* é tratada por cada Nação, de acordo com a sua história, cultura e tradições jurídicas, esta garantia é vista, junto com o *contraditório* e a *motivação*, como importante pilar para a formação de um *processo justo*,<sup>59</sup> de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, em cujos fundamentos se encontra o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).<sup>60</sup>

Aliás, a publicidade e a motivação das decisões judiciais, segundo *Fredie Didier Jr.*, apresentam uma íntima relação “*na medida em que a publicidade torna efetiva a participação [da opinião pública] no controle das decisões judiciais*”.<sup>61</sup>

Esta participação da opinião pública, contudo, deve obedecer a limites. É por isso que, ao lado da *publicidade popular*, na qual é feito o controle social pelo povo, vige no Brasil, segundo *Cândido Dinamarco*, uma *publicidade relativa* ou *para as partes*, onde “os atos processuais são públicos só com relação às partes e seus defensores, ou a um número reduzido de pessoas”,<sup>62</sup> como os advogados em geral que, pelo seu Estatuto (Lei n.º 8.906/1994), têm direito a vista dos autos processuais (art. 7º, XV).<sup>63</sup>

Isto se torna necessário para assegurar a dignidade das pessoas, evitando a sua exposição desnecessária na mídia, uma vez que “os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo”. Assim, continua o prof. *Cândido Dinamarco*, “[p]ublicidade, como garantia política (...) não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à

---

totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

<sup>58</sup> GUINCHARD *et alli*. *Droit Processuel*. *op. cit.* pp. 886-887.

<sup>59</sup> CADIET *et alli*. *Op. cit.* p. 679.

<sup>60</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>61</sup> DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.* p. 63. Atente-se ao fato que este estimado professor baiano se refere a este princípio como o da publicidade somente das *decisões judiciais*, e não dos *atos processuais*.

<sup>62</sup> CINTRA; GRINOVER; *et* DINAMARCO. *Op. cit.* p. 69

<sup>63</sup> Art. 7º São direitos do advogado:

(...) XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

*técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes do povo”.*<sup>64</sup>

Em França, o artigo 39 da Lei de 29 de julho de 1881,<sup>65</sup> modificada pela Ordenança n.º 2000-916, de 19 de setembro de 2000, e em vigor desde 1º de janeiro de 2002, proíbe de reprodução na imprensa dos debates ou de peças de certos processos de matérias sensíveis, como *e.g.* processos criminais de difamação e processos que tratem de direito de família, somente permitindo a publicação do dispositivo do julgamento, salvo quando se tratar de publicações técnicas, nas quais aquelas restrições não se aplicam desde que o anonimato das partes seja respeitado.<sup>66</sup> Outrossim, pela mesma norma, é proibida a publicação de deliberações internas entre jurados ou magistrados.

Igual norma de limitação de reprodução dos julgamentos na imprensa inexiste no Direito Brasileiro, nem mesmo havia quando estava em vigor a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/1967);<sup>67</sup> entretanto, na prática, a transmissão de audiências e de sessões de julgamento têm sido proibidas no Brasil, exceto no caso dos julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal, por intermédio da TV Justiça.<sup>68, 69</sup>

A garantia de publicidade dos atos processuais, desde modo, não pode ser ampla, mas necessita ser ponderada, como se verá no capítulo seguinte, a fim de resguardar

<sup>64</sup> CINTRA; GRINOVER; et DINAMARCO. *Op. cit.* p. 70.

<sup>65</sup> **Article 39.** *Il est interdit de rendre compte des procès en diffamation dans les cas prévus aux paragraphes a, b et c de l'article 35 de la présente loi. Il est pareillement interdit de rendre compte des débats et de publier des pièces de procédures concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement. Cette interdiction ne s'applique pas au dispositif des décisions, qui peut toujours être publié.*

*Les dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux publications techniques à condition que soit respecté l'anonymat des parties.*

*Dans toutes affaires civiles, les cours et tribunaux pourront interdire le compte rendu du procès.*

*Il est également interdit de rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux.*

*Toute infraction à ces dispositions sera punie d'une amende de 18 000 euros.*

<sup>66</sup> GUINCHARD et alli. *Procédure civile. op. cit.* p. 741. Notar que, apesar de a última edição desta obra ser de 2010, a remissão à Lei encontra-se equivocada (remete-se ao artigo 29, e não ao 39), bem como desatualizada (refere-se à Lei de 11 de julho de 1975).

<sup>67</sup> Ao contrário, havia dispositivo naquela Lei que permitia a reprodução dos debates. *Vide:*

**Art. 27.** *Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:*

*(...) IV - a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto fôr ordenado ou comunicado por autoridades judiciais; (redação com ortografia vigente à época).*

<sup>68</sup> Acessível pela internet por meio do sítio < [www.tvjustica.jus.br](http://www.tvjustica.jus.br) >.

<sup>69</sup> Como se verifica no relatório feito por LOÏC CADIET et alli (*Op. cit.*, p. 131), na França, apesar de haver um canal televisivo parlamentar, com as discussões no Poder Legislativo, houve a transmissão em 1991 de parte de um julgamento no programa *Le cinq*, o que causou grande debate. Entretanto, é óbvio que não estão em debate a transmissão de programas que informem e tratem especificamente do Judiciário, como se vê, por exemplo, nos Estados Unidos, na conhecida rede de jornalismo CNN < <http://www.cnn.com/justice> >, que, no entanto, pelas normas norte-americanas não pode transmitir sons e imagens de julgamento e instruções, mas, para ilustrar suas reportagens, utiliza-se de aquarelas pintadas por artistas retratando o que se passou durante as audiências.

outras garantias da pessoa humana em face do Estado e da sociedade, como a da *defesa da privacidade e da intimidade*.

## **5. A garantia constitucional de defesa da privacidade como limite à publicidade dos atos:**

Os direitos da personalidade, objeto de estudo dos civilistas, também são garantias recentes, oriundas do apogeu do liberalismo jurídico clássico da segunda metade do século XIX.<sup>70</sup>

Segundo obra valiosa sobre o tema, desenvolvida pelo professor *Danilo Doneda*,<sup>71</sup> o direito à privacidade era tratado, anteriormente, como defesa a um direito patrimonial do indivíduo, e não como uma garantia de defesa à sua dignidade.

Até meados do século XIX, havia sido reconhecido pelo Direito dos países ocidentais um direito às pessoas de proteção de sua casa, vista como propriedade, ou até de certos bens ligados à personalidade da pessoa, como, *exempli gratia*, nos famosos casos julgados na Inglaterra em que se questionava, em 1741, a publicação sem autorização por um editor das cartas enviadas a ele pelo poeta Alexander Pope<sup>72</sup> ou, em 1848, onde se defendia o direito à propriedade do Príncipe Alberto e da Rainha Vitória com o intuito de se impedir a reprodução gráfica e venda de objetos de sua coleção privada.<sup>73</sup>

Deste modo, não é difícil perceber que “a inserção de um direito à privacidade em ordenamentos de cunho eminentemente patrimonialista fizeram dela uma prerrogativa reservada a extratos sociais bem determinados.”<sup>74</sup>

Contudo, o reconhecimento doutrinário a um direito à intimidade, desvinculado a um direito de propriedade, somente nasceria em 1890 com a publicação, na renomada *Harvard Law Review*, do artigo “*The right to privacy*”, de *Samuel Warren* e *Louis Brandeis*, então advogados em Boston.

Nascido com cunho fortemente patrimonialista, visando proteger bens íntimos, o direito à privacidade, apesar de seu reconhecimento em um primeiro estágio como o direito de ser deixado só (*right to be let alone*), permaneceu com a característica

---

<sup>70</sup> SANTIAGO DANTAS afirmava que os direitos da personalidade não existiam no Direito Romano, tendo em vista que “os romanos eram juristas práticos, de modo que a categoria de direitos da personalidade é construção recente, em especial da doutrina germânica do séc. XIX.” (in *Programa de Direito Civil*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 151).

<sup>71</sup> DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>72</sup> *Pope v. Curl*, 26 Eng. Rep. 608 (1741).

<sup>73</sup> *Prince Albert v. Stange*, 64 Eng. Rep. 293 (1848). Ambos os julgados citados pelo prof. *Danilo Doneda*.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 10.

marcante de ser um direito “elitista” até a década de 1960, período no qual começou a aumentar o fluxo de informações, a relação entre o cidadão e o Estado e a demanda por direitos sociais e coletivos como consequência de movimentos sociais e das reivindicações dos trabalhadores.

Desta forma, a privacidade deixou, aos poucos, de ser um mero direito de ser deixado só para tornar-se um direito de proteção das informações ou dos dados pessoais, direito este que assume grande importância na sociedade atual.

Tanto é verdade que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao mesmo tempo em que prevê em seu art. 7º o tradicional direito ao “respeito pela vida familiar e privada”,<sup>75</sup> dedica o artigo seguinte especificamente à “proteção dos dados pessoais”.<sup>76</sup>

Nossa Constituição Federal vigente, infelizmente, não chega a este ponto de destacar a proteção de dados do direito à intimidade, previsto no art 5º, X;<sup>77</sup> todavia, mesmo assim, a sua proteção é assegurada em diplomas infraconstitucionais, como no Código de Processo Civil de 1973, quando traz em seu art. 155 as hipóteses, *in numerus apertus*, de excepcional decretação do segredo de justiça nos autos judiciais pelo magistrado. Além disso, deve-se ter em mente que a proteção de dados não visa apenas a proteger meramente a intimidade de uma pessoa.

Realmente, hoje em dia, consoante a advertência de Danilo Doneda, “[n]a proteção de dados pessoais não é somente a privacidade que se pretende tutelada, porém também a pessoa que deve ser tutelada contra o controle indevido e contra a discriminação, isto é, em aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal. (...) A questão deve ser observada a partir do seu elemento básico que é a informação”.<sup>78</sup>

Este é a grande questão que a nova tecnologia nos impõe. Como garantir a privacidade a certas informações sensíveis à dignidade da pessoa humana (isto é, como garantir o “direito ao esquecimento”, o direito de não ter informações pessoais sensíveis ou degradantes perpetuadas e ao alcance de todos, como sói ocorrer com notícias de

---

<sup>75</sup> **Artigo 7º - Respeito pela vida privada e familiar.** Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

<sup>76</sup> **Artigo 8º - Protecção de dados pessoais.** 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

<sup>77</sup> **Art. 5º, X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>78</sup> *Idem*, p. 03.

jornais ou em *blogues*<sup>79</sup> na internet) ou mesmo à atividade empresarial e também governamental,<sup>80</sup> quando, com os modernos meios de comunicação, em especial a internet, elas se espalham sem nenhum controle em uma velocidade nunca antes vista e com uma capacidade de replicação que torna quase impossível rastrear e frear a sua divulgação?

No caso de um processo judicial, cujos autos sejam digitalizados, será que o risco de vazamento de informações apresenta vantagens que compensem a sua troca do papel para arquivos digitais na internet?

## **6. As vantagens e os riscos dos modelos de processo eletrônico adotados atualmente:**

Consoante já escrito logo no início do artigo, uma nova tecnologia somente acaba sendo aceita e utilizada somente se e enquanto as vantagens por ela trazidas forem maiores que os riscos.

Além disso, como também já visto acima, o processo não se resume ao procedimento, mas também traz consigo uma relação jurídica entre seus sujeitos ou atores (partes e juiz, pelo menos). Deste modo, a mudança do meio pelo qual o procedimento se substanciará (*i.e.*, do papel para arquivo digital) não implica em renúncia, nem em desprezo às garantias processuais individuais ou estruturantes dos órgãos do Poder Judiciário.<sup>81</sup>

Tendo isto em vista, qual seriam as vantagens de se trabalhar com autos processuais digitais e mantidos pelos Tribunais em computadores (servidores) conectados ininterruptamente com a rede mundial de computadores (internet)?

Sem contrariar a voga da celeridade que se espalha, sem exceção, mundo afora nos ordenamentos nacionais, o Conselho Nacional de Justiça, ao tratar do sistema-modelo de Processo Judicial Eletrônico (PJe) brasileiro em sua página,<sup>82</sup> afirma que a

---

<sup>79</sup> *Blog* (em inglês) ou *blogue* “é um site cuja estrutura permite a atualização rápida a partir de acréscimos dos chamados artigos, ou posts. Estes são, em geral, organizados de forma cronológica inversa, tendo como foco a temática proposta do blog, podendo ser escritos por um número variável de pessoas, de acordo com a política do blog.” Definição obtida da Wikipedia, em português, no endereço < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Blog> >.

<sup>80</sup> Neste novo mundo informatizado, os Governos também são vítimas não apenas de invasões por *hackers*, mas também de divulgações de dados confidenciais, como ocorre no polêmico site *WikiLeaks* < [www.wikileaks.org](http://www.wikileaks.org) >, no qual são publicados relatórios de Estado secretos ou confidenciais, os quais, algumas vezes, causam mal-estar e constrangimentos nas relações diplomáticas e militares.

<sup>81</sup> Conforme classificação do professor *Luigi Paolo Comoglio*, *apud* GRECO, Leonardo. “As Garantias Fundamentais do Processo”. *Op. cit.* p. 3.

<sup>82</sup> No endereço < <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-e-quem/secretaria-geral-sg/projetos/pj-processo-judicial-eletronico/o-sistema> >, acessado em 20/06/2011; mudado após o lançamento oficial do

grande vantagem deste novo meio é a *redução do tempo*, a qual se dará com o cumprimento das seguintes metas, *in verbis*:

- extinguindo atividades antes existentes e desnecessárias em um cenário de processo eletrônico, tais como juntadas de petições, baixa de agravos de instrumento, juntadas de decisões proferidas por Cortes especiais ou pelo Supremo Tribunal Federal;
- suprimindo a própria necessidade de formação de autos de agravo em razão da disponibilidade inerente do processo eletrônico;
- eliminando a necessidade de contagens e prestação de informações gerenciais para órgãos de controle tais como as corregedorias e os conselhos;
- atribuindo ao computador tarefas repetitivas antes executadas por pessoas - e, portanto, propensas a erros -, tais como a contagem de prazos processuais e prescricionais;
- otimizando o próprio trabalho nos processos judiciais, acrescentando funcionalidades antes inexistentes capazes de agilizar a apreciação de pedidos e peças processuais;
- deslocando a força de trabalho dedicada às atividades suprimidas para as remanescentes, aumentando a força de trabalho na área fim;
- automatizando passos que antes precisavam de uma intervenção humana;
- permitindo a execução de tarefas de forma paralela ou simultânea por várias pessoas.

Outrossim, na mesma página, o CNJ afirma que a alteração da guarda do processo é uma das grandes mudanças a serem promovidas pelo processo eletrônico. Segundo o Conselho, o processo eletrônico deixaria de estar nas mãos (e sob a responsabilidade) dos advogados, magistrados e servidores dos cartórios ou das secretarias para estar sob o cuidado das áreas de tecnologia de informação dos Tribunais e, por conseguinte, sempre acessível às partes e ao magistrado a qualquer hora.

Mais ainda, também afirma o CNJ na mesma página que, apesar de o processo eletrônico poder estar em todo o lugar, “*essa facilidade vem acompanhada da necessidade de ele não estar qualquer lugar, mas apenas naqueles lugares apropriados – a tela do magistrado, do servidor, dos advogados e das partes.*”

Pois bem, abstraindo o quadro ideal divulgado pelo CNJ, a prática inicial do processo eletrônico nos Tribunais já tem demonstrado aos operadores do Direito que nem todas as “vantagens” elencadas pelo nobre Conselho se verificam na realidade e na vivência forense.

A juntada de petição, por exemplo, continua e deverá continuar a ser feita pelo ser humano, mesmo que de forma digital; ou, pelo menos, se automatizada pelos computadores, alguma fiscalização humana deverá ser empreendida a fim de se verificar que houve a correta juntada das petições pelo sistema nos devidos autos processuais. Os sistemas informatizados não possuem inteligência, apenas obedecem a comandos pré-determinados por mentes humanas que podem ter falhas ou não contemplar exceções a estas regras que venham, porventura, a aparecer.

Além disso, deve esta fiscalização ou filtragem ser feita a fim de se evitar que documentos sigilosos em formato digital venham a ser juntados nos autos processuais de forma pública, frustrando tanto o direito, como a expectativa de segurança das partes.

Outrossim, alguns dados gerenciais, não contemplados nos processos eletrônicos e nos relatórios dos sistemas, continuarão a ser objeto de pesquisa das Corregedorias e, por óbvio, de resposta não-automatizada pelos servidores responsáveis nos respectivos cartórios e secretarias.

Além disso, é pueril imaginar que o computador também conseguiria calcular, sozinho, prazos legais e prescricionais, sem que um funcionário (ser humano propenso a erros, como bem ressaltado pelo CNJ) o alimentasse previamente das datas e informações legais necessárias para a elaboração destes cálculos.

Por fim, haverá a necessidade de treinamento constante (e, logo, de tempo) de colaboradores (servidores, auxiliares e magistrados) para se adequarem às novas tecnologias e às suas atualizações a fim de que possa o trabalho nas serventias judiciais ser realmente otimizado.

Entretanto, apesar destas ponderações, pode-se ainda visualizar vantagens reais nesta nova tecnologia. Mas, quais são os riscos que esta nova forma procedimental, em meio digital e transmitida pela internet, pode trazer à proteção dos dados?

O maior risco, certamente, é a segurança; contudo, a segurança tem sido vista pelos Tribunais praticamente como a segurança do sistema em si, ou seja, sua robustez perante invasões externas, comprovada com a ausência de falhas em suas “muralhas” de proteção, bem como a segurança no tráfego de informações entre o computador do

usuário e os servidores do Tribunal.<sup>83</sup>

Também aqui, como no antigo acórdão sobre as decisões e sentenças datilografadas com uma máquina de escrever, citado no início deste trabalho, preocupa-se com a autenticidade da decisão, isto é, se ela teria sido proferida por magistrado ou, pelo menos, homologada por ele.

Assim como em um texto escrito à máquina de escrever ou atualmente impresso, onde o magistrado prime a sua assinatura para conferir tal autenticidade, hoje nos documentos eletrônicos (inclusive contratos particulares) utiliza-se a tecnologia da *assinatura eletrônica*,<sup>84</sup> na qual demonstra que a pessoa assinou digitalmente o documento, com uso de uma chave criptografada e uma senha pessoal. E esta assinatura digital pode ser a sua autenticidade comprovada por meio de certificados válidos, oriundos da denominadas autoridades certificadoras oficiais.<sup>85</sup>

Todavia, pouca atenção ou relevo tem sido dado à segurança do armazenamento e do uso dos dados que as pessoas depositam no processo judicial.

Na feliz expressão usada por *Henrique Guelber de Mendonça*, em artigo no qual ele comparou o processo atual a um sistema de produção fordista, a “*sensibilidade da qual atividade jurisdicional deve se vestir é exatamente a de descobrir, e oferecer, aquilo que a sociedade de seu tempo almeja*”.<sup>86</sup>

Neste ponto, três são os riscos que devem ser considerados e anulados – ou, ao menos, minimizados – para que o processo eletrônico atenda ao que a sociedade espera deste instrumento de prestação de serviço público.

---

<sup>83</sup> Contudo, o procedimento de segurança no envio e no recebimento de peças processuais digitais deve ser revisto pelos Tribunais, tendo em vista que alguns deles ainda não utilizam páginas criptografadas (*https*, identificadas nos navegadores de internet com a figura de um cadeado de segurança no canto da tela do computador ou ao lado do endereço) para o recebimento de novas petições e documentos, nem para o envio às pessoas das peças do processo eletrônico. Aparentemente, o uso de páginas não criptografadas (em *http*) teria como justificativa lógica o fato de a demanda de tráfego de dados ser menor (pois não precisaria, por óbvio, criptografar ou descriptografar os dados transmitidos entre os computadores) e, logo, não sobrecarregaria os servidores; entretanto, isto não se justificaria diante da possibilidade de interceptação e vazamento de dados processuais, principalmente em processos nos quais tenha sido decretado, por algum motivo, segredo de justiça.

<sup>84</sup> Segundo ALMEIDA FILHO (*Op. cit.*, pp. 141-142), a assinatura eletrônica ou digital não é uma assinatura escaneada ou digitalizada de uma pessoa. É muito mais complexo que isso, “*assinatura digital é processo de encriptação de dados*”, no qual “*qualquer alteração no documento inviabiliza, imediatamente, a assinatura, o que impedirá fraudes no processamento eletrônico*”.

<sup>85</sup> Segundo o Glossário presente no anexo II ao Decreto n.º 3.587/2000, que estabelece normas para a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, *Autoridade Certificadora* é definida como: “*Entidade que emite certificados de acordo com as práticas definidas na Declaração de Regras Operacionais - DRO. É comumente conhecida por sua abreviatura - AC.*”

<sup>86</sup> MENDONÇA, Henrique Guelber de. “Direito Fordista e Conciliação.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*. < [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br) > Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), ano 2, v. 2, janeiro-dezembro 2008. p. 135.

O primeiro risco é o da *clonagem de dados*. A clonagem de dados pode ser aqui definida como a cópia e o uso ilegal de dados para a obtenção de uma identidade ou identificador com finalidade ilícita, como o uso dos dados de cartão de crédito, de um talonário de cheques, de um telefone (especialmente celular) ou de um automóvel para que o fraudador ou o receptor possa utilizar estes dados em outro bem duplicado ou “copiado”.<sup>87</sup>

Na internet, com o uso de certos dados combinados ou conjugados, como o nome completo de uma pessoa, o seu número de identidade ou no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do Ministério da Fazenda, bem como dados específicos do objeto ou bem a ser clonado (no caso de um cartão de crédito, *exempli gratia*, o número do cartão, sua data de vencimento e o código de segurança), torna possível o uso indevido pelo fraudador da identidade do bem de propriedade alheia.

O segundo risco é o da *publicidade mediata*. Hoje, os sistemas de consulta processual dos Tribunais impedem que sítios de busca, como o *Google*, rastreiem dados por meio de robôs (*bots*) e façam cópias (*cache*) das páginas públicas na internet e de suas informações; porém, *José Carlos Araújo de Almeida Filho* relata em diversos trabalhos dois exemplos de casos criminais (um no qual se indiciou um estudante universitário de ter invadido um sítio internet, e outro no qual um promotor de justiça foi acusado, em processo criminal, de ter estuprado uma defensora pública) que foram divulgados na imprensa com o nome das pessoas envolvidas (o último, aliás, dentre as “notícias” do Tribunal de Justiça) e que, mesmo tendo o indiciado do primeiro caso sido liberado, sem apresentação de denúncia, e o acusado do segundo caso, absolvido no processo instaurado, tais informações difamatórias continuam visíveis na internet, facilmente encontradas por meio de sítios de busca com o nome destas pessoas.

Esta permanência das informações na internet, aliás, caracteriza o terceiro risco que se verifica, quanto aos dados processuais, justamente na *manutenção indevida de dados pessoais nos sistemas de informática*. Assim como há a baixa de processos físicos, que são remetidos a um arquivo judicial, não se deveria pensar nos sistemas informatizados de tramitação processual na hipótese de uma - diga-se - “baixa virtual”

---

<sup>87</sup> Para maiores informações, recomenda-se a visita às páginas internet < [http://en.wikipedia.org/wiki/Phone\\_cloning](http://en.wikipedia.org/wiki/Phone_cloning) >, em inglês, sobre clonagem de telefones e < <http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=99> >, em português, sobre falsificação e clonagem de cartões de crédito. Aliás, deste último site, retiramos o seguinte trecho, *in litteris*: “Fraudes com cartão de crédito são um fenômeno comum, normalmente envolvem pequenas quantias, mas em alguns casos podem dar problemas maiores. Não existe um esquema único e por isso não se pode dar uma descrição exata do “modus operandi”. A base desta fraude é dispor de um cartão clonado ou do número do cartão de crédito de uma vítima e de quantos mais outros dados sobre esta pessoa seja possível (RG, CPF, endereço, telefones, dados pessoais e possivelmente até um xerox do cartão e/ou do RG). Com isso na mão o fraudador vai tentar usar o cartão da vítima para comprar bens ou serviços que serão depois debitados na conta da vítima. Com o advento da internet isso ficou ainda mais fácil porque a maioria dos sites que vendem pela internet aceita o pagamento com cartão de crédito.”

dos autos já julgados e transitado definitivamente em julgado?

## 7. A extensão do princípio da publicidade dos atos processuais no processo eletrônico

A publicidade dos atos processuais no denominado processo digital deve, portanto, ser analisada com base nestes riscos trazidos por esta nova tecnologia.

Sendo garantia fundamental do processo destinada às partes e também à sociedade, a publicidade definitivamente não pode ser renunciada, nem banida. Isto não a torna, contudo, indiferente às mudanças sociais e também tecnológicas.

A opinião pública, no dizer de *Loïc Cadiet*, “*é um barômetro da confiança dos cidadãos em sua justiça*”, justificando até reformas processuais;<sup>88</sup> entretanto, como bem adverte o mesmo autor, ao lado da imprensa escrita, suporte tradicional da difusão da atividade judiciária, há novas mídias como a internet e o risco destas mídias, mais populares e presentes à sociedade, se tornarem não meras *reportagens de convivência*, informativas de ambas as versões dos fatos nelas narrados, mas em *reportagens de concorrência* entre as mídias, que, na busca de um maior índice de audiência, acabam por se transformarem, “às vezes com a cumplicidade de magistrados, em instância de instrução, se não de julgamento ou de rejulgamento de casos cíveis ou penais”.<sup>89</sup>

Isto não justifica extirpar da opinião pública o conhecimento do que ocorre dentro dos fóruns, nem ignorar a cultura social e a história das instituições judiciárias, de modo que a solução de outros países, onde, como vimos, é natural excluir a presença das partes e de seus advogados durante o julgamento em órgãos colegiados, não pode ser importada para cá, sob grave violação de garantias historicamente adquiridas e sob o risco de as atividades do Judiciário serem vistas com desconfiança pela sociedade.

Deste modo, a primeira conclusão que se chega é que as decisões judiciais, no Brasil, devem ser sempre públicas, resguardando a identidade das partes e impedindo a presença de terceiros (e nunca das próprias partes e de seus patronos) em casos sensíveis nos quais seja decretado segredo de justiça,<sup>90</sup> como naqueles que envolvam direito de

---

<sup>88</sup> CADIET et alli. *Op. cit.* p. 660.

<sup>89</sup> *Op. cit.* p. 129.

<sup>90</sup> No vigente Código de Processo Civil, estas são as hipóteses tratadas, de forma aberta, de decretação de segredo de justiça:

**Art. 155.** Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

família; questões de infância e juventude; ou de sigilo empresarial ou concorrencial.

Em um processo eletrônico, assim como em um processo tradicional, de papel, deverão ser públicas todas as decisões, bem como as assentadas de todas as audiências e sessões de instrução e julgamento, devendo as atas estar à disposição das partes, dos advogados e de quem mais se interessar.

Uma questão se coloca, porém, quanto a virtualização das sessões de julgamento, os conhecidos “plenários virtuais”. Criação do Supremo Tribunal Federal,<sup>91</sup> para o julgamento acerca da existência de repercussão geral em recursos extraordinários, suas discussões se tornaram públicas naquela Corte em 2008, após um ano de funcionamento,<sup>92</sup> a fim de garantir a publicidade das decisões e seus fundamentos a toda a sociedade. Trata-se de uma página internet simples,<sup>93</sup> com uma tabela com os feitos que estão sendo julgados pelos Ministros no momento no sistema, no qual consta a fundamentação do Relator quanto à existência de questão constitucional e de repercussão geral no *leading case*.

Muito recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo aprovou o seu “plenário virtual” por meio de sua Resolução n.º 549/2011,<sup>94</sup> que entrará em vigor no dia 24 de setembro de 2011, alegando, nos considerandos, “*existir, no acervo do Tribunal de Justiça, mais de 550.000 recursos a aguardar julgamento, número que não diminui, apesar da grande produtividade média de seus Magistrados*”.

---

<sup>91</sup> Seguem trechos do atual Regimento Interno do STF, após a Emenda Regimental 46/2010, que tratam do julgamento da existência de repercussão geral nos recursos extraordinários encaminhados àquela Corte:

**Art. 323.** Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Nos processos em que o Presidente atuar como Relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito.

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

(...) **Art. 324.** Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

§ 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

<sup>92</sup> Vide a notícia “*STF decide abrir sessões do Plenário Virtual para o público*” em < [http://www.conjur.com.br/2008-nov-27/stf\\_decide\\_abrir\\_sessoes\\_plenario\\_virtual\\_publico](http://www.conjur.com.br/2008-nov-27/stf_decide_abrir_sessoes_plenario_virtual_publico) >, acessado em 07 set 2011.

<sup>93</sup> A página que leva ao “Plenário Virtual” do STF é a seguinte: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?situacao=EJ> >.

<sup>94</sup> O texto oficial da Resolução pode ser obtida em < <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPublico/Noticias/Noticia.aspx?Id=11512> >.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a seu turno, já aprovou portaria similar em maio de 2011, o qual ainda não foi implantada na prática, mas já tem sido questionada pela seccional fluminense da Ordem dos Advogados do Brasil. A Portaria do Órgão Especial n.º 13/2011 apresenta normas discutíveis, uma vez que proclama expressamente a necessidade de sigilo (art. 3º) e a manifestação do resultado não será parcial, mas apenas após o julgamento eletrônico, sem acesso às partes, de todos os vogais (art. 4º).

Estas normais internas preveem a possibilidade de os recursos de agravo (de instrumento, internos ou regimentais) e de embargos de declaração serem julgados em meio eletrônico, em “*plenário virtual para acelerar o julgamento de processos*”,<sup>95</sup> o que caracterizaria, a princípio, a sua inconstitucionalidade, uma vez que os Tribunais de Justiça não dispõem de competência para legislar sobre procedimentos judiciais, mas apenas as Assembleias Legislativas dos Estados e a Câmara Distrital, em concorrência com a União Federal, conforme o art. 24, XI da Constituição Federal, além de terem que observar a publicidade dos julgamentos exigida no art. 93, IX da Carta da República, já visto acima.

É verdade que se tratam de recursos nos quais, pela redação do Código de Processo Civil,<sup>96</sup> as partes (por meio de seus procuradores) não podem fazer sustentações de suas razões na tribuna; porém, todos têm o direito constitucionalmente de ver não apenas a decisão pronta, mas a salutar discussão entre os julgadores e como é que o órgão julgador realizou este julgamento. Não basta, como previsto no Regimento paulista, “*a prévia ciência das partes pela imprensa oficial, para fim de preparo de memoriais ou eventual oposição, em cinco dias, à forma de julgamento, bastando a de qualquer delas, sem necessidade de motivação, para impedi-la*” (art. 1º), pedido este, aliás, que acarretará em maior demora no trâmite recursal, com a desnecessária juntada de mais uma petição, pelo menos, aos autos e a consequente conclusão ao gabinete do desembargador relator.

A Resolução do Tribunal paulista, no entanto, vai além e estende indevidamente este novo procedimento para apelações, nas quais se permite a manifestação oral dos advogados em tribuna, bem como nos julgamentos de mandados de segurança e de *habeas corpus* originários,<sup>97</sup> violando-se assim não apenas as garantias constitucionais,

---

<sup>95</sup> In < <http://www.valor.com.br/legislacao/986988/tj-sp-julgara-recursos-por-meio-eletronico> >. Acessado em 07 set 2011.

<sup>96</sup> **Art. 554.** Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

<sup>97</sup> **Resolução TJ/SP n.º 549/2011, art. 2º** – O julgamento das apelações e dos mandados de segurança e *habeas corpus* originários também poderá ser virtual, desde que, ao relatar o processo e enviá-lo ao revisor, ou o voto ao segundo e terceiro Juízes, conforme o caso, seja concedido o prazo de dez dias para

como também as regras do Código de Processo Civil e da legislação especial.

A grande dúvida, entretanto, não paira somente sobre os atos decisórios, mas principalmente na publicidade dos demais atos processuais, inclusive aqueles praticados pelas partes, uma vez que, não obstante nas petições e nos documentos não haver problema em se expor *intra partes* informações pessoais ou confidenciais que sejam pertinentes para a solução da lide, estas mesmas informações causariam desconforto ou problemas caso a sua divulgação fosse ampla, colocando a parte interessada em situação sensível. Situação esta não necessariamente vexatória, mas que exporia desnecessariamente dados pessoais a terceiros e aos riscos acima apontados.

Hoje, a Resolução CNJ n.º 121, de 05 de outubro de 2010, expõe quais seriam os dados básicos processuais que podem – e até devem – ser expostos ao público “*independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse*”, quais sejam, o número, classe e assunto do processo; o nome das partes e de seus advogados; a movimentação processual; e o inteiro teor de decisões, sentenças, votos e acórdãos.<sup>98</sup>

Porém, deste rol, há algumas exceções dentro dos próprios Tribunais. Os Tribunais Regionais do Trabalho, a título de ilustração, não permitem há tempo a busca de processos por nome das partes a fim de evitar que o empregado demitido por uma empresa que esteja reclamando por seus direitos não venha a ser prejudicado (e discriminado) no processo de seleção e contratação por outra empresa ou empregador. A mesma exceção se aplica nos processos criminais, por motivo similar, cuja busca somente será feita por número, por força dos parágrafos do art. 4º da Resolução CNJ n.º 121.<sup>99</sup>

---

eventual oposição à forma de julgamento ou manifestação do propósito de realizar sustentação oral, seguindo-se, no mais, os trâmites estabelecidos no art. 1º e seus parágrafos.

<sup>98</sup> **Art. 1.º** A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.

Parágrafo único. No caso de processo em sigilo ou segredo de justiça não se aplica o disposto neste artigo.

**Art. 2.º** Os dados básicos do processo de livre acesso são:

I – número, classe e assuntos do processo;

II – nome das partes e de seus advogados;

III – movimentação processual;

IV – inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

<sup>99</sup> **Art. 4.º** As consultas públicas disponíveis na rede mundial de computadores devem permitir a localização e identificação dos dados básicos de processo judicial segundo os seguintes critérios:

I – número atual ou anteriores, inclusive em outro juízo ou instâncias;

II – nomes das partes;

III – número de cadastro das partes no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda;

IV – nomes dos advogados;

V – registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º. A consulta ficará restrita ao previsto no inciso I da cabeça deste artigo nas seguintes situações:

I – nos processos criminais, após o trânsito em julgado da decisão absolutória, da extinção da punibilidade ou do cumprimento da pena;

II – nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho.

§ 2º. Os nomes das vítimas não se incluem nos dados básicos dos processos criminais.

Quanto à certidão judicial a ser expedida para identificar a pessoa que consta como parte de alguma demanda, cível ou criminal, devem constar neste documento os seguintes dados, previstos no art. 7º da Resolução:

Art. 7º. A certidão judicial deverá conter, em relação à pessoa a respeito da qual se certifica:

I - nome completo;

II – o número do cadastro de contribuinte no Ministério da Fazenda;

III – se pessoa natural:

a) nacionalidade;

b) estado civil;

c) números dos documentos de identidade e dos respectivos órgãos expedidores;

d) filiação; e

e) o endereço residencial ou domiciliar.

IV – se pessoa jurídica ou assemelhada, endereço da sede; e

V – a relação dos feitos distribuídos em tramitação contendo os números, suas classes e os juízos da tramitação originária.

Pode-se concluir que, ao contrário dos atos decisórios, nem todo ato processual postulatório ou documental deve ser público. A regra é que o seja e alguns dados devem, em regra, constar como públicos, como o nome das partes, o número delas no CPF (Cadastro de Pessoas Físicas) ou no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), nacionalidade, estado civil, número de identidade, filiação e endereço de seu domicílio ou sede. São dados que podem ser obtidos também em outras certidões públicas, como naquelas expedidas por registros de imóveis, por exemplo.

Mas, e se a petição trazer fatos íntimos, relacionados à intimidade familiar, ou dados patrimoniais (imagine-se, por exemplo, num futuro próximo, a possibilidade de abertura de inventário de alguma pessoa por meio digital)? Ou se houver a necessidade de se juntar aos autos documentos como uma declaração de imposto de renda, um extrato bancário, um extrato de cartão de crédito ou uma certidão de propriedade de um veículo automotor, com todas as informações sobre o carro, como os números de chassi e de placa, a cor, o modelo e o ano de fabricação, dentre outras, possibilitando a sua clonagem?

Sem romper com a nossa história e tradição social e jurídica, nada obstante o julgamento ser público a todos, a publicidade de certos documentos pessoais e

empresariais deveria ser limitada a terceiros tendo em vista que tais informações podem se tornar vulneráveis caso forem expostas de maneira indevida na internet. Mas, infelizmente, como bem ressalta Almeida Filho, “[a] virtualização do processo não se preocupa, como deveria, com o respeito ao tratamento de dados pessoais.”<sup>100</sup>

O acesso às petições (principalmente as iniciais e as contestações) deve ser livre em um processo eletrônico, apesar de alguns advogados alegarem que têm direito autoral sobre suas obras do intelecto. Não paira dúvida sobre a qualidade destes advogados e de suas petições; contudo, petições são atos processuais, e não obras doutrinárias, e como atos processuais, devem ser públicas, salvo nos casos de segredo de justiça legalmente previstos no Código de Processo Civil ou em legislação específica.

Tanto é verdade que, de modo especial, as petições iniciais em processos de controle concentrado de constitucionalidade são públicas e disponíveis a todos pela internet, sem necessidade de identificação ou cadastramento prévio. Sendo processos objetivos, *i.e.*, processos “*que se destina[m] ao controle da constitucionalidade e não à solução de questões pertinentes a eventuais interessados*”,<sup>101</sup> e diante da ausência de pedidos ou dados particulares, todos os autos destes processos se tornam públicos por excelência, uma vez que tratam de assunto de interesse de toda a sociedade, bem como cuja decisão terá efeitos sobre todos (*erga omnes*).

Aliás, no próprio sítio do Supremo Tribunal Federal consta a seguinte advertência quanto a estes processos: “*As ações de controle concentrado de constitucionalidade, bem como os recursos extraordinários paradigmas de repercussão geral, por serem de interesse coletivo, continuarão a ser disponibilizados para consulta irrestrita, no sítio do STF.*”<sup>102</sup>

Infelizmente, não se pronunciam tribunais, nem doutrinadores a respeito das *ações coletivas*; todavia, diante do seu caráter essencialmente público ou coletivo, suas petições e documentos também deveriam ser acessíveis a qualquer pessoa se forem processadas por meio eletrônico. A garantia de uma publicidade ampla nestes casos serviria não apenas para que houvesse o controle social, mas mormente pra que haja a efetiva possibilidade de outras pessoas, também litigantes pelos mesmos direitos em processos individuais, optarem por suspender ou desistir de suas ações a fim de se aguardar o julgamento da ação coletiva.

---

<sup>100</sup> *Op. cit.* p. 90.

<sup>101</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 87.

<sup>102</sup> In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoManualeSTF&pagina=informacaoVerPe ca Eletronica> >, acessado em 18 jun 2010.

Por fim, quanto às provas, em especial as documentais, por também serem atos processuais, elas deveriam ser públicas, em regra. A exceção de sua exibição a terceiros deveria recair sobre determinados documentos, como os listados um pouco acima, cuja publicidade, se for ampla, pode causar prejuízo à moral ou mesmo ao patrimônio das partes em caso de divulgação (no caso de segredos industriais, empresariais ou concorrenciais) ou de clonagem (no caso de documentos fiscais, bancários, previdenciários e de propriedade de veículos automotores, dentre outros).

Hoje, entretanto, a publicidade dos atos processuais aparentemente não é a regra, conforme a redação do art. 11, § 6º da Lei n.º 11.419/2006,<sup>103</sup> que restringe a publicidade dos documentos de um processo eletrônico às partes e ao Ministério Público, deixando de se referir aos advogados, públicos ou privados. Quanto a estes, como fica o acesso aos autos eletrônicos?

#### **8. O acesso aos advogados aos autos do processo eletrônico: análise da questão no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Conselho Nacional de Justiça:**

Recentemente, desde 2009, havia nos tribunais estadual e federal com competência sobre o estado do Rio de Janeiro a estipulação de limitação do acesso aos advogados a todos e quaisquer autos eletrônicos, exceto aos profissionais que estivessem concomitantemente cadastrados nos sistemas informatizados daquelas cortes e expressamente substabelecidos como procuradores de alguma das partes litigantes.

Este entendimento contrariava frontalmente o Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994), que prevê expressamente como direito dos advogados “*examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo*” (art. 7º, XIII). A lei foi clara em conceder este direito a todos os advogados, e não apenas aos patronos das partes, independentemente de procuração, colocando como única limitação a existência de sigilo judicial sobre as informações nos autos processuais.

Ao seu turno, na lei que regula o processo eletrônico (Lei n.º 11.419/2006) não há qualquer previsão que pudesse restringir, nem que também venha a garantir expressamente o acesso de todo e qualquer advogado a um processo judicial eletrônico que não estivesse tramitando em sigilo ou segredo de justiça. Somente a já citada

---

<sup>103</sup> **Art. 11.** Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

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

Resolução CNJ n.º 121/2010 previa o acesso por advogados cadastrados no sistema, mas não vinculados, porém desde que demonstrassem previamente o interesse no acesso ao processo eletrônico apenas com a finalidade de registro.<sup>104</sup>

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Resolução do Órgão Especial n.º 16/2009 permitia o acesso a autos digitais apenas pelas partes e pelos advogados atuantes, devendo os interessados em consultá-los pleitear autorização previamente ao magistrado responsável pelo julgamento e, se fosse autorizado, ganharia uma senha provisória, com validade por dois dias.<sup>105</sup>

Já no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a sua Corregedoria-Geral publicou o Provimento n.º 89/2010 que também somente permitia o acesso por outros advogados, não vinculados ao processo, depois de demonstrado o interesse em petição dirigida ao juiz federal competente, cujo acesso seria liberado pela respectiva Secretaria.<sup>106</sup>

Na doutrina, nestes casos, há quem entenda que o advogado, sem estar substabelecido nos autos, deveria peticionar ao juízo para ter direito à vista dos autos eletrônicos.<sup>107</sup> Esta medida, todavia, não parece razoável, pois atrasaria indevidamente o andamento processual, paralisando por alguns dias o processo para levá-lo à conclusão do juiz (ou de serventuário com poderes para efetuar despachos de mero expediente) a fim de conceder a vista requerida por advogado que sequer representa alguma das partes

---

<sup>104</sup> **Art. 3.º** O advogado cadastrado e habilitado nos autos, as partes cadastradas e o membro do Ministério Público cadastrado terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

§ 1º. Os sistemas devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse, para fins, apenas, de registro, salvo nos casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

§ 2º. Deverá haver mecanismo que registre cada acesso previsto no parágrafo anterior.

<sup>105</sup> **Art. 19.** As partes e os advogados atuantes no processo eletrônico poderão acessar, além dos andamentos processuais, todas as peças digitalizadas do feito respectivo, desde que tenham o certificado digital ICP-Brasil para garantir a autenticidade do postulante à consulta completa.

(...) § 2º. O interessado em consultar o processo eletrônico, que não seja parte ou advogado deste processo, após autorização prévia do juízo, receberá da serventia, na qual está tramitando o processo eletrônico, senha temporária, que expirará em dois dias, para pesquisa a todas as peças do processo, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

<sup>106</sup> **Art. 7º** Os advogados e procuradores cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, poderão acessar o inteiro teor dos respectivos autos, desde que demonstrem interesse, para fins de simples registro.

§ 1º A previsão do caput deste artigo não se aplica ao processo que corre em segredo de justiça.

§ 2º A manifestação do interesse em consultar os autos de determinado processo será apresentada ao Juízo competente, mediante petição, e a liberação do acesso será realizada pela Secretaria do respectivo Juízo, por meio de vinculação especial ao processo.

<sup>107</sup> É o que defende ALMEIDA FILHO, que ao advogado “*basta peticionar, eletronicamente, com utilização de certificação digital, requerendo ao juiz vista dos autos*” (in “A Segurança da Informação no Processo Eletrônico”. *Revista de Processo*. n.º 152, 2007. p. 172).

litigantes.<sup>108</sup>

A solução ao impasse foi dada administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0000547-84.2011.2.00.0000, proposto pela seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do estado do Rio de Janeiro (OAB-RJ) e julgado na sessão de 24 de maio de 2011. Naquele processo administrativo, restou decidido que todos os advogados, mesmo aqueles não previamente cadastrados nos autos como patronos das partes, têm o direito de acessar os autos eletrônicos na íntegra, devendo, contudo, o seu acesso ser registrado no sistema para apurar eventual responsabilidade civil ou criminal decorrente da má utilização dos dados nele obtidos.

Impedir o acesso dos advogados seria, segundo a defesa da seccional fluminense, impedir a atuação profissional de advogados que, *“muitas vezes, (...) precisam ter acesso automático a qualquer processo, quando eventualmente assumem uma causa em andamento e necessitam dar uma resposta urgente ao cliente, às vezes no mesmo dia. Exigir pedido escrito antes da vista do processo inviabilizaria essa atuação.”*

Para melhor ciência do leitor, segue a ementa deste julgamento administrativo:

EMENTA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. §1º do art. 3º DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 121/2010. Acesso automático ao processo eletrônico por advogado não vinculado ao processo. Direito assegurado, independente de comprovação de interesse perante o juízo ou cadastramento na respectiva secretaria.

1. A Resolução CNJ n. 121, que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências, acompanhando a mudança do paradigma trazida pelo processo eletrônico, criou diferentes níveis de acesso aos autos, de acordo com os sujeitos envolvidos.

2. Aos advogados não vinculados ao processo, mas que já estejam credenciados no Tribunal para acessarem processos

---

<sup>108</sup> Neste mesmo sentido, MARCACINI (*Op. cit.*, pp. 189-190), que expõe de forma clara a mesma preocupação: “Parece intuitivo supor, a partir da experiência ordinária, que o maior entrelaçamento de interesses jurídicos e econômicos que normalmente ocorre nas lides civis certamente produz um número muito maior de silenciosos interessados em ter ciência dos autos, e que os examina corriqueiramente nos balcões das secretarias, sem quase nada incomodar o trabalho do órgão judicial e sem também deixar rastro ou estatística. É imprevisível o que poderia ocorrer se, para ter acesso aos autos de processos civis, esses interessados todos tivessem que requerer vista caso a caso ao órgão judicial, e aguardar o deferimento do pedido. Inúmeros negócios e atividades econômicas poderiam sofrer entraves e atrasos, além do inútil aumento de serviço que seria imposto aos juízes e seus auxiliares para processar e decidir tais solicitações.”

eletrônicos (art. 2º da Lei 11.419/06), deve ser permitida a livre e automática consulta a quaisquer autos eletrônicos, salvo os casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

3. A ‘demonstração do interesse’ do advogado não cadastrado em acessar os autos não deve ser feita nem pela autorização prévia do juízo ou da criação de procedimentos burocráticos na respectiva secretaria.

4. Os sistemas de cada tribunal devem permitir que tais advogados acessem livremente qualquer processo eletrônico que não esteja protegido pelo sigilo ou segredo de justiça, mas também deve assegurar que cada acesso seja registrado no sistema, de forma a que a informação seja eventual e posteriormente recuperada, para efeitos de responsabilização civil e/ou criminal, vedando-se, desta forma, a pesquisa anônima no sistema.

5. A interpretação do dispositivo da Resolução deve ser feita de modo a preservar as garantias da advocacia.

PROCEDIMENTO DE CONTROLE  
ADMINISTRATIVO QUE SE CONHECE, E A QUE SE  
JULGA PROCEDENTE.

Esta decisão tem sido efetivamente cumprida, hoje, por ambos os Tribunais, permitindo-se o acesso dos advogados aos seus processos eletrônicos, sem a necessidade de justificação prévia ou de pedido de vista, desde somente que eles tenham sido previamente cadastrados como advogados nos sistemas de informática de cada tribunal a fim de que haja um controle (e possível apuração de responsabilidade caso haja vazamento indevido de informações) de quem teve acesso aos autos eletrônicos em sua integralidade.

## 9. Conclusões:

Bem concluiu *José Carlos de Araújo Almeida Filho*, ao falar do princípio da publicidade dos atos no processo eletrônico, que “[o] Processo moderno não deve se intimidar diante das novas tecnologias, ao mesmo passo em que as novas tecnologias não podem suplantar princípios seculares consagrados”.<sup>109</sup>

Tempos difíceis, no entanto, quando se pensa em celeridade a qualquer custo, sem se pensar nas garantias fundamentais democráticas obtidas a um preço alto, com o sacrifício de tantas vidas humanas.

Ao criticar essa postura quase industrial do Poder Judiciário, *Henrique Guelber*

---

<sup>109</sup> *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo. op. cit. p. 94.*

*de Mendonça* escreveu muito bem que “*não há espaço para o raciocínio automático de que processo rápido é processo bem julgado. Processos decididos no estilo fordista emperram ou retornam ao Judiciário. As partes merecem a sensação de que suas causas são únicas.*”<sup>110</sup>

Assim como visto em outras atividades humanas, se vencidos o medo e a desconfiança, as Tecnologias da Informação podem auxiliar – e muito – a tarefa de bem julgar as lides propostas; contudo, o uso dos meios digitais apenas como forma de acelerar os julgamentos, desprezando a participação democrática, em contraditório, no processo, bem como a segurança de dados e da privacidade das partes pode gerar danos maiores à sociedade que os próprios litígios levados a julgamento.

Algumas sugestões e conclusões foram feitas ao longo do texto e não merecem ser repetidas aqui. Torna-se necessário, porém, ressaltar que mais importante que pensar em se limitar a publicidade dos atos processuais (e ferir, por conseguinte, as liberdades públicas garantidas em Constituição) é garantir efetivamente a segurança dos dados pessoais confiados ao Poder Judiciário na solução das lides.

Hoje, como já abordado, os Tribunais têm oferecido sistemas de transmissão de dados processuais sem criptografia e são constantes as reclamações de erros de falhas e até de impossibilidade de acesso e de transmissão de peças em tempo oportuno pelos advogados.

A falta de devido acesso além de prejudicar a defesa das partes, afronta o contraditório,<sup>111</sup> de modo que os prazos processuais normais se tornam insuficientes, uma vez que ou não se tem acesso efetivo aos autos, ou não pode o advogado arriscar o direito de seu cliente ao transmitir uma peça e documentos por meio eletrônico no último dia do prazo.

Resta a última sugestão a ser feita. A fim de se resguardar a privacidade das pessoas após o trânsito em julgado em definitivo da causa (isto é, quando estiverem preclusas todas as formas de modificação da decisão, inclusive por ação rescisória), deveriam os arquivos dos autos eletrônicos ser baixados ou arquivados em servidor seguro, estando à disposição das partes e demais interessados, por determinado número de dias, a requerimento administrativo junto à serventia responsável. Como pesquisado por *Augusto Tavares Rosa Maracini*, trata-se de procedimento que estava previsto no projeto que deu origem à Lei n.º 11.419/2006, mas que não constou em sua redação final.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> *Op. cit.*, p. 159.

<sup>111</sup> Neste sentido, GRECO. “Garantias...”. *Op. cit.* pp. 10-12.

<sup>112</sup> MARCACINI. *Op. cit.* pp. 39-40.

E, ao contrário do que ocorre hoje nos andamentos processuais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os andamentos poderiam permanecer acessíveis a todos, como disposto na Resolução CNJ n.º 121/2010, mesmo após a baixa do processo, arquivando-se apenas as peças processuais digitalizadas.

Tais medidas assegurariam a publicidade na medida adequada, evitando que pudesse haver a aquisição indevida de cópias digitalizadas de documentos particulares ou empresariais, mas garantiria o devido acesso a todos ao teor das decisões, bem como da forma pela qual se procedeu no andamento de determinado processo.

### Referências Bibliográficas:

- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. “A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados.” *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n.º 157, pp. 165-180, outubro 2007.
- \_\_\_\_\_. “O princípio da publicidade no processo frente à EC 45/2004 e o processo eletrônico”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n.º 142, pp. 89-105, dezembro 2006.
- \_\_\_\_\_. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein para o espanhol.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Taquigrafado por Vicotr Bourhis Jürgens. 3ª ed. rev. atual. por Gustavo Tepedino *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DANTAS NETO, Renato de Magalhães. “Autos virtuais: o novo ‘layout’ do processo judicial brasileiro.” *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n.º 194, pp. 173-203, abril 2011.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual*

civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”. in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. Versão eletrônica.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; *et alli*. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2009.

\_\_\_\_\_. *Procédure civile: droit interne et droit de l’Union européenne*. 30ª ed. Paris: Dalloz, 2010.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual*. 2011. 456 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Universidade do Estado de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. “Direito Fordista e Conciliação.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*. < [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br) >. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), ano 2, v. 2, pp. 134-162, janeiro-dezembro 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 21ª ed. rev. e atual. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

## **A EXPERIÊNCIA ÍTALO-BRASILEIRA NO USO DA MEDIAÇÃO EM RESPOSTA À CRISE DO MONOPÓLIO ESTATAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

*Humberto Dalla Bernardina de Pinho*

Professor da UERJ e da UNESA. Promotor de  
Justiça no Rio de Janeiro.

*Michele Pedrosa Paumgarten*

Mestranda em Direito na UNESA. Advogada no Rio  
de Janeiro.

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de examinar o tratamento do conflito num momento em que a crise do Estado-jurisdição afeta vários países, cujos Tribunais operam além dos seus limites. Diante desse quadro, a procura por alternativas na solução dos conflitos para atender o binômio necessidade – utilidade do acesso à justiça, mostra-se evidente e necessária à segurança jurídica. No entanto, a busca por essa efetividade deve se dar com cautela, para que na ânsia de resolver a crise do Estado-jurisdição não se crie na verdade, obstáculos ainda mais graves ao acesso à justiça, como a adoção de um sistema de mediação obrigatória ou a processualização da mediação, desnaturando sua essência.

**Abstract:** This paper aims to examine the way adjudication works with conflicts. Mainly, when Courts are operating beyond their limits and the search for alternative dispute resolution mechanisms is urgent and a condition for the effectiveness of the access to justice. However we must take care not to exaggerate and create other problems, by using a mandatory mediation system or by creating hundreds of procedural rules for mediation, what will, certainly, change its nature and prevent it to achieve its primary goals.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Efetividade. Mediação. Conflitos. Judiciário.

**Keywords:** Access to justice. Effectiveness. Mediation. Conflicts. Courts.

**Sumário:** I. A denominada “crise do judiciário”. II. A contribuição de Eligio Resta para a melhor compreensão do problema. III. A mediação hoje na Itália: judicial e

obrigatória? IV. Peculiaridades do caso brasileiro. V. Reflexões e ponderações. VI. Bibliografia.

## **I. A denominada “crise do judiciário”:**

A crise das instituições, especialmente do Judiciário<sup>1</sup>, é a praga do Estado contemporâneo.

A obstrução das vias de acesso à justiça, problema cada vez mais crescente nos países da América Latina e na Europa, promove um distanciamento cada vez maior entre o Poder Judiciário e a população.

Em diferentes países, a crise do Estado-jurisdição se fortalece com uma instituição burocrática e lenta, desacreditada pelo povo e que representa na verdade um convite a demanda, potencializando os conflitos.

O marcante crescimento do acesso à justiça, que evoluiu conjuntamente com a passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, permitiu que diferentes grupos sociais buscassem meios eficazes de tutela para a solução dos seus conflitos. Naquela época em que prevalecia como máxima dominante o *laissez faire*, todas as pessoas eram formalmente presumidas iguais e os mecanismos de acesso à justiça eram criados sem preocupação com sua eficiência prática ou efetiva.

Assim, partindo da ideia de *égalité*, um dos marcos da Revolução Francesa, o Estado não deveria intervir nas disputas, permanecendo passivo em relação à incapacidade que muitas pessoas tem de utilizar plenamente a Justiça. Esse procedimento adotado para a solução dos litígios repercutia a filosofia essencialmente individualista dos direitos refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos XVIII e XIX e que assumiram a partir do século XX, um caráter mais coletivo.

O modelo democrático moderno que se afirmou como decorrência da renovação do “pacto social” reclamada pela filosofia política desde o século XVII, partia do estado de natureza de Locke, para justificar um Estado de poderes limitados<sup>2</sup>.

E, na visão liberal nascente, o conflito ocorreria sempre entre indivíduos e sempre para reivindicar direitos, de uns sobre os outros; a lei abstrata, apresentar-se-ia como o parâmetro da solução deste conflito, aplicada por um juiz imparcial, e se após o

---

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300. “[...] se, dentre outras virtudes aproximou-se o jurisdicionado e o cliente dos serviços jurisdicionais do Judiciário, nem por isso o princípio do acesso ao Judiciário deve ser sobrevalorizado de tal forma que inviabilize a própria prestação jurisdicional”.

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Os conflitos como processo de mudança social*, 2000, p. 220.

juízo, houvesse resistência num ameaçador desafio à sociedade, o ato poderia ser reprimido, com uso inclusive da força.

Verdade que a composição justa dos conflitos vem se tornando cada vez mais complexa, pois além do crescente demandismo representado pelas lides individuais, cuja solução se resume a resolver a pendência na dicotomia vencedor-vencido, a crise na prestação jurisdicional se mostra mais evidente na solução dos megaconflitos que hoje se expandem pela sociedade massificada e competitiva, mostrando-se a solução adjudicada não raro, deficiente.

Em ambos os casos, a pretensa solução se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto as pressupostas crises de outra natureza, as quais por não terem sido conjuntamente dirimidas, a tendência é que retornem num momento futuro, porventura até recrudesçam.

O crescente acesso à justiça para a solução de conflitos de interesse em áreas socialmente impactantes evidencia que o termo jurisdição não pode mais se restringir ao clássico *dizer o Direito*, ou seja, não basta a garantia do acesso à justiça, mas à essa liberdade pública deve-se agregar o direito a um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que ele se preordena.

Nesse contexto a obsessiva produção de normas, muitas vezes de escassa eficiência, que é símbolo de vários ordenamentos, acaba abrindo uma fenda abissal entre o mundo do *dever ser* e o mundo efetivo e real do *ser*.

E cada vez mais se inova a legislação processual e mais controvérsias entre os operadores jurídicos surgem, retardando o trâmite dos processos acumulados nos Tribunais, que associado à falta de recursos humanos e materiais, a cultura judiciarista que resiste aos meios alternativos de resolução de conflitos, e a ineficiência das instâncias administrativas em equacionar os conflitos que surgem em nossa sociedade, fazendo com que eles acabem judicializados, criam o ambiente propício para a crise que se avista, motivando um incremento na litigiosidade sem que o Estado tenha condições para atendê-la, ou tentando fazê-lo, responde a destempo ou de forma inconsistente.

Como bem observado por Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso<sup>3</sup>, o problema do excesso legislativo reflete a tendência de cada

---

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, fev.1996, p. 48. "Se em certas sociedades os indivíduos e as organizações mostram uma clara preferência por soluções consensuais dos litígios ou de todo modo obtidas fora do campo judicial, noutras a opção por litigar é tomada facilmente. (...) Os Estados Unidos foram considerados como tendo a mais elevada propensão a litigar, configurando uma 'sociedade litigiosa', como lhe chamou Liebman (1981). (...) Avançaram-se então várias razões que alimentariam tal cultura litigiosa, desde a existência de um número excessivo de

povo ao posicionar suas escolhas para resolver os conflitos por meios autocompositivos ou através da adjudicação.

No Brasil, embora o acesso à justiça figure entre os direitos e garantias fundamentais, é mister um reexame da expressão para que o instituto não seja minimizado à mera oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal<sup>4</sup>.

Por tudo isso, é que tem se diagnosticado a inaptidão do Judiciário para recepcionar e resolver eficazmente as lides, que depassam a crise estritamente jurídica e vão além do interesse egoístico dos sujeitos indivíduos; a litigância judicial assume um horizonte retrospectivo, versando sobre eventos passados, muitas vezes instável e contraditória que culmina com uma explosão de litigiosidade.

Nesse preocupante cenário, não podemos nos furtar à estimada contribuição a este estudo com relação ao ordenamento jurídico italiano, a partir da primorosa obra de Elígio Resta, principal teórico desse tema que a partir da década de 90 apresenta seu arrebatador texto *Il Diritto Fraternal*.

## II. A Contribuição de Eligio Resta para a melhor compreensão do problema:

Arrebatador porque Resta retoma a concepção de fraternidade<sup>5</sup> lançada na Declaração de Direitos do Homem tentando justamente apresentar respostas e mostrar o verdadeiro sentido da fraternidade que até então repousava numa aparente fragilidade diante da falta de fundamentos que lhe pudessem conferir um tratamento adequado, “*provocando nelle culture giuridiche e politiche una necessaria e salutare auto-riflessione*”, deduzindo ainda que “*la fraternità è soltanto consapevolezza di dover pretendere distanza dalle logiche dell’inimicizia e condividere spazi comuni a ogni altro individuo, con la sua vita, storia, dignità*”.

E um dos pilares mais relevantes do Direito Fraternal<sup>6</sup> é consolidado sob o alicerce de uma sociedade *humana*, retratando um direito não violento, em que se busca

---

*advogados até o enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida coletiva. Segundo alguns, a propensão a litigar estaria a resultar numa enorme drenagem de recursos econômicos que de outra maneira poderiam ser afetados à tarefas do desenvolvimento*”.

<sup>4</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

<sup>5</sup> A fraternidade que junto com a liberdade e a igualdade formou a famosa tríade lema da Revolução Francesa, desapareceu quase que de imediato da cena pública durante os anos que se seguiram à revolução, mas vem sendo redescoberta e investigada por estudiosos preocupados em reinseri-la no pensamento democrático e político do Estado contemporâneo.

<sup>6</sup> “*Destituendo il gioco d’amico-nemico, il diritto fraternal è non violento. Non incorpora l’idea del nemico sotto altra forma, e per questo è differenza rispetto alla guerra. È, si diceva, giurato insieme, ma non prodotto di quella congiura che porta simbolicamente alla “decapitazione del re” e che, è noto, si porta dietro sensi di colpa che sopravvivono al gioco “sacrificale” di qualsiasi democrazia. Per questo*

a inclusão e o mais importante, a ruptura do binômio amigo-inimigo, convenção arraigada no processo judicial tradicional.

Essa parametrização da aplicação do *remédio* ao conflito de interesse, como bem evidenciado por Resta<sup>7</sup>, navega num nível de *policy* que emerge de um sistema no qual não se busca a causa do conflito, mas incrementa-se o aparato judiciário que “*vive nel conflitto e del conflitto che egli decide, pronunciando l’ultima parola*” na ilusão de que isto pode diminuir a conflituosidade, e assim “*Il rimedio reagisce sul rimedio ma non ha nessuna diretta incidenza su cause, dimensioni, effetti dei la litigiosità che determinano i conflitti*”.

Temos repetido o pensamento do Mestre no sentido de que a oferta monopolística de justiça foi incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflituosidade crescente, sendo que uma das razões que levou o sistema jurisdicional a altos graus de ineficiência, foi um crescimento vertiginoso das expectativas sociais sobre o sistema<sup>8</sup>.

Tecnicamente é o que se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisado de forma mais profunda. Esse movimento que caracteriza as sociedades contemporâneas, e preocupa, é de causa complexa, mas sem dúvidas também é fomentada pela abundante normatividade, que de forma isolada não consegue prevenir a formação do conflito, resolvê-lo, e tampouco serve para dissuadir os destinatários a não infringi-la.

É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais.

---

*non può difendere i diritti umani mentre li sta violando; la possibilità della sua esistenza sta tutta nell’evitare il cortocircuito dell’ambivalenza mimetica, che lo trasforma da rimedio in malattia, da antidoto in veleno*”. Em passagem anterior, já havia registrado que: “*Il conflitti aumentano progressivamente e si attribuisce tutto questo all’inefficienza dovuta alla mancanza di risorse; si chiede no così aumenti consistenti si risorse pensando qui così i conflitti possano diminuire. Non soltanto l’inferenza causale risulta del tutto gratuita, ma ci si innesta in una logica remediale che contribuisce di per sé non soltanto a non risolvere, ma addirittura a inflazionare il saldo di domanda e offerta*”. RESTA, Elígio. *Il Diritto Fraternalo*. Roma: Laterza. 2009, p. 133 e 72.

<sup>7</sup> RESTA, Elígio, *idem*, p. 72.

<sup>8</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos*. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-80.

Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito deve ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora e ineficaz<sup>9</sup>.

É experiência característica de países com ordenamento jurídico pouco efetivo e baixa credibilidade social, que dificulta o conhecimento ou confunde a população, tornando-se um obstáculo ao próprio cumprimento destas normas.

E ainda, a resistência de algumas sociedades à autocomposição dos conflitos, seja por uma cultura demandista ou por orientação do próprio Poder Judiciário que não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, acaba por sobrecarregar a já exaurida capacidade produtiva jurisdicional<sup>10</sup>.

Diante desta crise, reacender o debate em torno da fraternidade significa operar a propulsão para retirar do Estado a função exclusiva de dizer o direito e colocá-lo numa função de articulador da solidariedade, sem esquecer, todavia, que também há um comodismo e uma orientação social em atribuir tudo ao Estado, especialmente a solução dos seus conflitos, sem reconhecer que o Estado é a própria sociedade que vem se tornando cada vez mais incapaz de resolver tais impasses.

A sociedade deve se conscientizar de que o acesso à justiça deve ser uma espécie de cláusula de reserva<sup>11</sup>, descabendo sua propagação generalizada, ao risco de se incrementar o ambiente de conflituosidade geral que tornou-se característica de muitos países principalmente da *civil law*, convertendo o direito de ação à um perigoso convite a litigância, tendência cada vez mais gravosa na medida em que o Estado contemporâneo também se coloca a remediar o conflito, ao invés de identificar e enfrentar as causas do problema.

A cultura de que qualquer interesse contrariado deve ser submetido ao judiciário deve ser urgentemente modificada, pois a ação é um direito do jurisdicionado e não um dever<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

<sup>10</sup> “*Sembra infatti che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta di litigation aversion che ha come naturale consanguinezza di ADR, principalmente facendo ricorso alla mediazione e alla conciliazione. Questa preferenza viene solitamente spiegata con il riferimento alla persistenza – nello stato profondo della cultura asiatica – dell’ideale confuciano dell’armonia sociale che non dovrebbe essere turbata e messa in crisi dal ricorso ai tribunali*”. TARUFFO, Michele. *Dimensioni transcultural della giustizia civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, dez, 2007, p. 1067.

<sup>11</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 112 e 113.

<sup>12</sup> “*Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o solucione. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar muros normativos, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático*”. SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010.

Essa capacidade limitada da solução adjudicada tem se mostrado ineficaz, protraí o fechamento da demanda a um futuro incerto, e muitas vezes não resolve o problema, pois apenas agrega estabilidade – indiscutibilidade da decisão. Desse modo, a busca por um sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial não é apenas oportuna, como essencial.

Surge então com expectativa a adoção de métodos alternativos endo ou paraprocessuais para a solução das demandas, como antídoto contra a crise jurisdicional, que não deve cingir-se apenas a descongestionar os Tribunais ou promover a cura para um litígio, mas deve sim buscar a sua solução plena, duradoura e de forma pacífica, não violenta, buscando a solução de conflito em conjunto, amenizando-se a dependência social da jurisdição, no molde desenhado pelo Direito Fraternal.

Mas cabe ressaltar desde já, que a busca pela autocomposição do conflito deve ser uma opção, pois quando o cidadão busca *refúgio* no meio alternativo não por livre escolha, mas para se livrar dos riscos de um processo judicial lento, ineficaz e oneroso, certo é que as bases do acesso à justiça encontram-se ameaçadas<sup>13</sup>.

Deve ficar claro porém, que a intenção não é a defesa do fim da jurisdição enquanto forma de adjudicação e tampouco imaginar que os métodos autocompositivos são a solução mágica para a crise do Estado-juiz, mas sim conscientizar o Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não consiste necessariamente na intervenção em todo e qualquer conflito<sup>14</sup>; e nessa perspectiva a efetividade da prestação jurisdicional significa intervir quando necessário, como *ultima ratio*<sup>15</sup>, e incentivar o estudo do direito através de uma ótica transdisciplinar e não somente por uma mirada dogmática e formalista, construindo um novo referencial para a ciência do direito.

A concepção contemporânea de jurisdição vai deixando então de ser tão centrada no poder, para conectar-se à ideia de soberania aderindo à função que o Estado Social

---

<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>, p. 23.

<sup>13</sup> “Quando si preferisce l’arbitrato non per la sua superiorità, mas perché la procedura civile è antiquata e particolarmente poco invitante, quando cioè la scelta tra l’Alternative Dispute Resolution ed il processo civile ordinario diventa una scelta tra la peste ed il cólera, l’accesso alla giustizia si trova realmente in pericolo.” LINDBLOM, Per Henrik. *La Privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n. 4, dez. 1995, p. 1399.

<sup>14</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194, in <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 14 de novembro de 2009.

<sup>15</sup> Pinho, Humerto Dalla Bernadina de. *A Mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Artigo disponível no sítio <http://www.humbertodalla.pro.br>.

de Direito deve desempenhar no sentido de promover a solução justa dos conflitos, em seu sentido pleno, com uma tutela adequada<sup>16</sup>, num tempo razoável.

Também não se pode negar que o resultado do tratamento de uma controvérsia emerge em função do grau de cooperação e de competitividade das partes dentro do processo de resolução.

O processo competitivo adversarial origina vencedores, enquanto o processo cooperativo amparado na doutrina do Direito Fraternal, determina ganhadores. Entende-se até de um modo amplo, que mesmo que a parte vença uma disputa, não logra um conflito construtivo, pois a satisfação de objetivos unilaterais, unicamente individuais, cristaliza o egocentrismo, auxiliam o totalitarismo e provocam com o tempo, consequências sempre destrutivas.

O conflito também se tornará eminentemente prejudicial quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, por retirar do conflito o que ele tem de melhor, sua capacidade de gerar a satisfação de interesses e resoluções construtivas.

Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção de violência ou outros conflitos. A decisão judicial pode interromper ou acelerar o processo de causa e efeito, mas não propicia a mudança necessária para a evolução que o conflito pode provocar. A questão determinante da função do conflito será então, a escolha do processo de resolução que possa atender aos resultados desejados<sup>17</sup>.

E nessa esteira de insatisfação, que parte de uma insuficiência estatal para atender as demandas sociais e os conflitos de interesse como um todo, delinea-se com entusiasmo, o sistema de métodos *alternativos* à jurisdição ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) para a solução dos conflitos, pautado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva, uma resolução para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op.cit. p. 58.

<sup>17</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *La mediazione nel diritto brasiliano: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile*, artigo produzido a partir de palestra proferida na Università Roma Tre, no dia 18 de janeiro de 2011 e publicado em <http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile>, no dia 13 de janeiro de 2011.

<sup>18</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Pinho, DURCO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.

Esse artifício comunicativo sobre o qual se constrói uma razão comunicativa nos moldes propostos por Habermas<sup>19</sup>, fornece as ferramentas necessárias para a análise do mecanismo da ADR e esclarece como a linguagem pode influenciar neste processo interindividual, dentro de um amplo processo de argumentação entre as partes, reconhecendo a figura do outro, enquanto diferente<sup>20</sup> o que também se coaduna com as diretrizes do Direito Fraternal.

### III. A mediação hoje na Itália: judicial e obrigatória?

No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos entrou na ordem do dia na *European Judicial Area*, desencadeada a partir da edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008<sup>21</sup> pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem os mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros<sup>22</sup>.

Cabe festejar o inegável mérito da Comunidade Européia ao reconhecer a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, trazendo-os formalmente para o âmbito do Direito Comunitário Europeu no intuito de garantir a efetividade do acesso à justiça aos cidadãos europeus, especialmente por se tratar de um ordenamento comunitário que como bem salientou Flávia Hill<sup>23</sup>, se origina da congregação de diferentes países, mas que mesmo assim, vem se mostrando mais aberto e sensível na detecção das expectativas do cidadão moderno a respeito de um Direito Processual mais ágil, apresentando mais respostas à essa legítima expectativa do que em alguns de seus Estados-membros isoladamente considerados.

A diretiva é a primeira intervenção geral com o intuito de promover a resolução alternativa de conflitos e consequentemente um melhor acesso à justiça, mais simples e

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus. 1987.

<sup>20</sup> CITTADINO. Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

<sup>21</sup> DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Texto disponível em <http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>.

<sup>22</sup> Sobre o tema, recomendamos a leitura de: MARTIN, Nuria Bellosó. *Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 2, vol. 2, janeiro a dezembro de 2008, disponível no site <http://www.redp.com.br>. MUÑOZ, Helena Soletó. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. SANCHÉZ, Helena Nadal. *La mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos*, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

<sup>23</sup> HILL, FLAVIA A nova lei de mediação italiana. Revista Eletrônica de direito Processual. vol. VI. p. 294-321.

mais rápido, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais como o passo necessário no sentido de permitir o desenvolvimento e o funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios.

Elígio Resta observa que a diretiva comunitária com *all'introduzione dei vari "filtri" della giurisdizione*, faz emergir uma salutar tentativa de redefinir o sistema institucional de solução do conflito, não com uma negação da jurisdição, mas através de uma redefinição de suas fronteiras, adotando como premissa o reconhecimento de que os procedimentos extrajudiciais alternativos são verdadeiros instrumentos facilitadores do acesso à justiça, cabendo aos Estados-membros promoverem com especial atenção, a implementação do instituto da mediação: *Lascia aperta la strada alla mediazione prima di arrivare al giudice che dica l'ultima parola*.

Apesar da norma, por ser comunitária, ter como foco imediato a regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia entendem que a adoção da mediação mesmo no cenário interno dos países significaria: maior rapidez na solução das controvérsias; baixo custo a ser dispendido; a previsão de uma maior disposição das partes envolvidas no cumprimento espontâneo e a preservação da relação amigável entre os interessados.

E seguindo estes parâmetros, a diretiva adotou como conceito de mediação, em seu artigo 3º, tratar-se de um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu conflito com a assistência de um mediador, podendo este processo ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou ainda imposto pelo direito de um Estado-membro, excepcionando sua adoção em matéria tributária, administrativa e de responsabilidade civil do Estado, destacando contudo que:

1. A mediação deve ser precipuamente voluntária, gozando os litigantes de liberdade para a busca desse meio para a solução de seus conflitos, ressalvada a possibilidade de previsão de sua realização de forma obrigatória pelos Estados-membros, desde que não venha impedir o acesso à justiça;
2. Deve ser pautada pela informalidade, detendo as partes ampla liberdade para organizar o procedimento a ser adotado na mediação;
3. Ausência de prazo, permitindo que a parte encerre a mediação a qualquer tempo, autorizando os tribunais a fixarem prazo máximo para sua duração;
4. Possibilidade de incentivo à mediação pelos tribunais quando oportuno, bem como deverá cada Estados-membros promover a formação e capacitação dos seus mediadores;
5. A normatização pelo ordenamento interno dos países no sentido de dar executividade aos acordos obtidos na mediação e ainda assegurar a confidencialidade

da mediação inclusive em relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações.

Seguindo o que preceitua o artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, que prevê o dever dos Estados-membros de criarem normas que lhe deem cumprimento, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69<sup>24</sup> de 18 de junho de 2009, que além de dispor sobre matérias relacionadas a desenvolvimento econômico e alterações do Código de Processo Civil, trouxe no artigo 60 o instituto da mediação, delegando ao Governo e dentro do prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei, a edição de um decreto legislativo destinado a regulamentá-la no âmbito civil e comercial no ordenamento italiano.

Exercendo então a delegação outorgada pela lei 69/2009, o Governo Italiano editou o Decreto Legislativo nº 28<sup>25</sup> de 4 de março de 2010, a fim de regulamentar a mediação na Itália<sup>26</sup>, seguindo as regras gerais pré-estabelecidas por aquela lei:

- a) a mediação deveria ser contemplada no decreto legislativo como meio de solução de litígios envolvendo direitos disponíveis; deveria ser instituído um registro dos organismos de mediação mantido pelo Ministério da Justiça;
- b) a possibilidade de da Ordem dos Advogados e demais conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação;
- c) a possibilidade de nomeação de peritos pelo mediador, caso entenda por necessário; a previsão regulamentada dos honorários dos mediadores, a ser majorado em caso de celebração de acordo;
- d) previsão do dever conferido ao advogado de informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial;
- e) a previsão de vantagens fiscais para a celebração de acordo;
- f) possibilidade de condenação do vencedor no processo judicial ao reembolso das despesas em favor do vencido, caso tenha recusado na ocasião da mediação,

---

<sup>24</sup> LEGGE 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

<sup>25</sup> DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

<sup>26</sup> Sobre o tema, recomendamos: BESSO, Chiara. *La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie*. Artigo disponível no vol. VI da Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível no endereço <http://www.redp.com.br>, acesso em 10 de janeiro de 2011. BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it) pp. 11-12. CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). MENICHINO, Cristina. In CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010. p. 10. SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

proposta feita pelo mediador, cujo conteúdo corresponda inteiramente à decisão judicial;

g) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses<sup>27</sup>;

h) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador e ainda a previsão de que o acordo tenha eficácia executiva revestido de título executivo para fins de hipoteca judicial.

E o Decreto Legislativo que carrega em seu espírito o desejo de melhorar o sistema italiano de mediação, o faz, mas com particularidades próprias, movendo-se no contexto europeu que vem se demonstrando sensível à garantia de um melhor acesso à justiça e por conseguinte, o acesso aos métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de disputas.

O retrato da justiça européia vem bem revelado por Vincenzo Vigoriti<sup>28</sup>, o que justifica a busca que tem se verificado na última década pela ADR nos ordenamentos que tradicionalmente dispensavam apreço pela solução de conflitos pela via judicial.

Todavia, é inegável que o principal objetivo da reforma é usar a mediação como mais um instrumento para resolver uma grave crise na justiça civil, tornando-se um instrumento de diminuição da carga de trabalho dos juízes. Aqui está, contudo, a nosso ver, o grande equívoco, como será demonstrado à frente.

Sem considerar a terminologia usada pelo legislador e as diferenças entre a mediação e conciliação, o fato é que o decreto procura distinguir entre três tipos de mediação: *mediazione obbligatoria*, *mediazione facoltativa* e *mediazione concordata*<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> “(...) in teoria il procedimento di mediazione non può durare più di quattro mesi (non computabili ai fini della ragionevole durata del processo anche quando è obbligatorio!), ma la legge non precisa quale sia la conseguenza derivante dal suo infruttuoso decorso, specie quando condiziona la procedibilità della domanda giudiziale. Questa dovrebbe essere liberamente proponibile, ma siccome lo schema legislativo non lo stabilisce espressamente, potrebbe ritenersi anche il contrario e cioè che il blocco resti finché il mediatore non formuli la proposta conciliativa anche se siano stati superati i quattro mesi” MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it). pp. 01-02.

<sup>28</sup> “Como è noto, sa sempre e fino pochi anni fa, la giustizia in europa è stata problema d’elite, e non, di massa. In tutti i Paesi, il numero delle controversie era ragionevolmente limitato, con costi modesti e durata dei processi tutto sommato accettabile, erano spesso previsti più gradi di giudizio, erano ammessi nuovi accertamenti di fatto anche in grado di appello, e veniva garantito l’accesso alle giurisdizioni superiori. Quel modello è stato travolto in modo irreversibile, a da anni si registra una vera e propria *law explosion*, nem senso dell’emerge e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) fonte di un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, mas la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all’accesso alla giustizia. Il numeto e l’impegno del giudicanti nos può essere incrementato più di tanto, né si possono aumentare le risorse, che concorrono con quelle destinare a soddisfare altre non meno importanti esigenze”. VIGORITI, Vicenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Processo*, 2011, n. 197. p. 339- 355.

<sup>29</sup> Como considerado por DITTRICH: “il provvedimento in esame introduce non uno, ma tre diversi tipi di mediazione, tutti soggetti al medesimo procedimento, ma radicalmente differenti quanto ai presupposti. ... possiamo dire che ci troviamo qui di fronte: a) a un procedimento di mediazione su base volontaria

Contudo, o núcleo mais significativo e que certamente vem causando maior impacto, e não por acaso, vem sendo criticada com veemência e suscitada sua constitucionalidade, é quanto a introdução da mediação obrigatória alçando tal experimento à condição de admissibilidade do processo judicial, colocando-se em desalinho como muitos juristas italianos vem sustentando, à garantia do acesso à justiça.

Assim, nos termos do artigo 5º do D. Legislativo 28/2010, qualquer pessoa que pretenda levar uma ação à um Tribunal versando sobre matéria elencada no rol de litígios enumerados, deverá previamente experimentar o processo de mediação nos termos deste Decreto, ou ao procedimento de conciliação previsto no decreto Legislativo n. 179 de 08 de outubro de 2007 ou ainda ao procedimento estabelecido nos termos do artigo 128 da lei consolidada em matéria bancária e crédito referida no decreto n. 385 de 1 de setembro de 1993 e alterações posteriores.

A exigência de experimentar a mediação prévia passou a ser exigida a partir de 20 de março de 2011, doze meses após a publicação do decreto.

O uso da mediação, não como livre escolha das partes que desejam chegar a uma possível pacificação do seu conflito, mas como uma condição indispensável para a obtenção de acesso à via judicial, tem provocado a perplexidade da comunidade jurídica italiana<sup>30</sup>.

A crítica está particularmente no fato de que o artigo 60 da Lei n. 69/2009 simplesmente prevê a instituição da mediação visando a reconciliação, devendo tal regramento geral ser alcançado sem prejuízo ou redução do acesso à justiça, enquanto que o Decreto Legislativo 28/2010, num sentido inverso, tem estabelecido em muitos casos, a mediação como condição de admissibilidade da demanda (art. 5º), situação não prevista na lei 69, e também em contraste com esta lei na medida em que a mediação não teria o condão de impedir o acesso à justiça.

Obviamente tais limites criados pelo legislador tem suscitado questionamentos pela doutrina acerca de sua legalidade e validade face a Carta do Estado italiano por

---

*stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile; b) a un procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, con ciò intendendo che l'attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale (appunto, l'organismo di mediazione come definito dall'art. 1), ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già attualmente adito della controversia; è il modello, ben noto nei paesi anglosassoni, della court annexed mediation; c) a una mediazione straprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall'art. 5 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa".* DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010, in <http://www.judicium.it>, consultado em 20 de outubro de 2011.

<sup>30</sup> MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata"*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it), pp. 1-2.

conta das inevitáveis repercussões processuais que tal condição pode trazer, como por exemplo, se essas regras devem englobar também o pedido de reconvenção ou ainda se devem ser aplicadas na intervenção de terceiros.

Os argumentos lançados contra a obrigatoriedade da mediação se referem principalmente ao fato de se tratar de um obstáculo ilegítimo ao acesso à justiça e que pode retardar excessivamente o processo por quatro meses (tempo máximo estabelecido pelo Decreto Legislativo) para o exercício da tentativa de mediação.

Ademais, há a preocupação com a proteção dos direitos individuais e processuais, bem como com uma possível redução de trabalho de advogados principalmente em causas menores, pois o Decreto Legislativo 28/10 (artigo 4º, §3º) impõe ainda a estes profissionais a obrigação de informar ao cliente sobre a possibilidade ou necessidade de submissão a mediação prévia nos casos em que este requisito é condição de admissibilidade da ação.

Também há dúvidas com relação a possíveis problemas de estrutura e a logística que demandará organizar uma rede de órgãos permanentes, situados no território nacional, havendo a possibilidade de desperdício de recursos principalmente na fase inicial.

Por outro lado, a favor da obrigatoriedade, militam aqueles que entendem que a experiência demonstra que a tentativa prévia de acordo não impede o acesso à justiça, que só é adiada ante o interesse das partes em se submeterem a um procedimento mais rápido e menos dispendioso. Ademais, deve ser considerado o interesse geral no sentido de promover o aperfeiçoamento da administração da Justiça.

Apesar da mediação forçada implicar numa condição de admissibilidade da demanda, os defensores da obrigatoriedade entendem que se trata de um requisito que pode ser *tolerado* desde que o acesso não se torne extremamente difícil e ainda que não resulte numa demora sensível para a solução do conflito. Em oposição ao outro grupo, defende-se por sua vez, que a obrigatoriedade da mediação possibilitará um incremento na oferta de oportunidade de trabalho para os advogados, cujas atividades se enquadrem no novo sistema.

Diante disso, algumas associações profissionais ingressaram com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu em 2011<sup>31</sup>, não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do decreto legislativo n. 28/2010 tais como a excessiva delegação

---

<sup>31</sup> A notícia, bem como a decisão podem ser consultadas em <http://humbertodalla.blogspot.com>. A íntegra da Decisão está disponível em <http://www.ilcaso.it>, consulta em 15 de setembro de 2011.

constante no artigo 5º e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça.

Foi reconhecido o risco de comprometimento da eficácia da proteção judicial, pois o terceiro parágrafo do artigo 60 da lei 69/2009 exige, na verdade, que o exercício da delegação deveria levar a cabo o princípio de que a mediação tem como objetivo principal a reconciliação de litígios relativos a direitos disponíveis, sem todavia excluir o acesso à justiça.

A espera de ouvir o pronunciamento da Corte Constitucional acerca da validade de alguns dispositivos do decreto, algumas associações de advogados italianos vem solicitando a não aplicação do instituto pelos tribunais, argumentando que o juiz, a pedido de qualquer uma das partes pode admitir o pedido, recusando-se a aplicar o artigo 5º do decreto por ser incompatível com a Carta Europeia dos Direitos do Homem.

Nessa linha de raciocínio, diante da incompatibilidade do instituto face ao direito comunitário, acredita-se que os juízes nacionais podem afastar o conteúdo obrigatório da mediação por se tratar de violação a um princípio geral fundamental da União Europeia.

Na verdade, embora o sistema obrigatório de mediação não seja uma novidade na Europa, a crítica que surge é que em nenhum outro país a lei aparenta ser tão invasiva e significativa quanto a prevista na Itália.

Veja-se o exemplo extraído da regra contida no artigo 13 do decreto, que prevê a inversão do princípio da sucumbência se a decisão judicial coincidir integralmente com o conteúdo da proposta feita pelo mediador e refutada pela parte, sendo então vencida no julgamento.

A regra traz um conteúdo intimidatório contra o advogado e às próprias partes e parece conferir à mediação um valor estritamente paraprocessual e não de facilitador de um acordo pelas partes, que seria mais próxima da mediação puramente voluntária e que endossaria sua legitimidade, mesmo que tenha sido planejada como uma condição obrigatória de admissibilidade.<sup>32</sup>

Portanto, na frente da amarga controvérsia que a mediação obrigatória causou entre a comunidade jurídica e em particular, entre as associações de advogados, é necessário que se aguarde o pronunciamento do Tribunal Constitucional acerca do tema.

---

<sup>32</sup> VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. Revista de Processo, 2011, n. 197. P. 339- 355.

Recentemente, no âmbito da União Européia, o Parlamento Europeu decidiu realizar um balanço prévio, em vista do comunicado sobre a implementação da diretiva referente à mediação previsto para 2013, tendo em conta as maneiras pelas quais os Estados-membros adotaram as medidas para operacionalizar as disposições da Diretiva 2008/52/CE, os problemas que surgiram e alguns aspectos mais específicos registrados em alguns países, levando a adoção de uma Resolução<sup>33</sup>, em 13 de setembro de 2011.

Como não poderia ser diferente, o Parlamento cita a Itália e seu decreto legislativo n. 28/2010 apontando como ponto mais polêmico a regra que diz respeito à realização da mediação obrigatória em relação a uma série de disputas para as quais, portanto, o acesso à justiça fica condicionado à prévia tentativa de conciliação entre as partes.

No entendimento do Parlamento, o parágrafo 2º do artigo 5º da diretiva comunitária permite aos Estados-membros a utilização da mediação de forma obrigatória ou a sujeite a incentivos ou sanções, tanto antes como após iniciado o processo judicial, desde que isso não impeça as partes de exercerem seu direito de buscar o sistema judicial.

Observa ainda que o legislador italiano decidiu reformar seu sistema legal neste sentido com vistas a aliviar a carga de trabalho perante os tribunais, notoriamente congestionados, agilizando assim o tempo de duração dos processos que muitas vezes distorcem o conceito de justiça, traduzindo-se numa verdadeira negação de direitos.

Entretanto percebe o Parlamento, que o mecanismo de mediação exigido na lei italiana que condiciona a admissibilidade da demanda judicial em alguns casos especificamente identificados, não tem sido bem recebido pelos operadores jurídicos, que tem impugnado o decreto, mas ressalta que em outros países aonde tornou-se a mediação obrigatória como na Bulgária e na Romênia, tem contribuído para uma disputa rápida, reduzindo a duração excessiva de uma demanda judicial.

Mais uma vez, parece que se perdeu o foco. Procura-se justificar o uso da mediação obrigatória a partir de sua capacidade de reduzir o número de processos. O argumento é equívocado e maléfico, eis que tal providência em nada contribuirá para a pacificação social.

#### **IV. Peculiaridades do caso brasileiro:**

No Brasil, a mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado

---

<sup>33</sup> O texto está disponível em [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT#def\\_1\\_1](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT#def_1_1)

à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito. Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos Projetos de Lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou à um novo relatório do P.L. 94. Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido Projeto.

Quando já se perdiam as esperanças de uma positivação da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

Em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, convertido em Projeto de Lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma Comissão especialmente constituída por Senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010 foi apresentado um Substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações. O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8046/10<sup>34</sup>.

Ainda em dezembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125<sup>35</sup>, que tratou da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

No início deste ano de 2011 foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto do novo CPC, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Em agosto, foi criada uma comissão especial para exame do texto, sob a presidência do Dep. Fabio Trad. No momento em que este texto estava sendo concluído, ainda não tinham sido concluídas as atividades de revisão do texto.

---

<sup>34</sup> Todos os passos da tramitação do Projeto do Novo CPC podem ser acompanhados em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>.

<sup>35</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

Ainda em agosto de 2011, tivemos a oportunidade de apresentar sugestões ao Senador Ricardo Ferraço, formando grupo de trabalho ao lado das professoras Trícia Navarro e Gabriela Asmar. Após exame da Consultoria do Senado, foi apresentado no dia 25, o Projeto de Lei do Senado que recebeu o número 517<sup>36</sup>, e que se destina a regular o uso da mediação civil judicial e extrajudicial.

Na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 153).

Ficam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade.

A confidencialidade é especialmente protegida. Os §§ 2º e 3º do art. 144 determinam que ela se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, e, ainda, que o teor dessas informações *"não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes"*. Ademais, conciliador e mediador (bem como integrantes de suas equipes) *"não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação"*.

Importante frisar, aqui, a relevância da atividade ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

Neste ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

No art. 145, a Comissão de Juristas, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro.

---

<sup>36</sup> O texto pode ser consultado no sítio do Senado Federal, em <http://www.senado.gov.br>.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Importante ressaltar que a versão original do PLS 166/10 exigia que o mediador fosse inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Com o Relatório e o Substitutivo apresentados em 24 de novembro de 2010, prestigiou-se o entendimento da dispensabilidade deste requisito.

Esse registro conterá ainda, informações sobre a performance do profissional, indicando por exemplo, o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito. Esses dados serão publicados periodicamente e sistematizados para fins estatísticos (art. 147 do Projeto).

Aqui vale uma observação.

É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas uma, pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas.

Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em dez mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o "nó a ser desatado não estivesse tão apertado".

Preocupa-nos muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética por resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.

A Comissão, utilizando alguns dispositivos que já se encontravam no Projeto de Lei de Mediação, também se preocupou com os aspectos éticos de mediadores e conciliadores. Nesse sentido, fez previsão das hipóteses de exclusão dos nomes do cadastro do Tribunal, cabendo instauração de procedimento administrativo para investigar a conduta destes profissionais (art. 148).

Há também, previsão para o impedimento (art. 149), impossibilidade temporária (art. 150) e a chamada "quarentena" desses profissionais, que ficam impedidos pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes (art. 151).

Quanto à remuneração, o art. 152 do Projeto dispõe que será editada uma tabela de honorários pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Como visto, a preocupação da Comissão é com a mediação judicial. O Projeto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não regulá-la, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado. Imagina-se que ocorrerá com a mediação e a conciliação, o que sucedeu com o advento da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que estimulou a criação de entidades arbitrais no país.

Nesse aspecto, é preciso atentar para o fato de que isto não acontecerá de pronto. Ainda temos arraigada entre nós a cultura do litígio<sup>37</sup>, ou seja, buscar a jurisdição antes mesmo de tentar dialogar com a parte contrária ou mesmo considerar a hipótese de recorrer a um meio alternativo para a solução daquele conflito.

Nesse passo, a visão que tem prevalecido é a de que será mais fácil para o jurisdicionado ter o primeiro contato com a mediação na sua modalidade judicial e muitas vezes, incidental.

Isto parecer ser pedagógico e este processo já se iniciou entre nós, com a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

Temos esperança que com o passar do tempo, ocorra o amadurecimento da sociedade no sentido de que os cidadãos passem a ter um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos, abandonando a atual postura de recorrer frequentemente e de forma automática ao Judiciário<sup>38</sup>.

## V. Reflexões e ponderações:

---

<sup>37</sup> WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005.

<sup>38</sup> No mesmo sentido, veja-se a o posicionamento de Daniela Monteiro Gabbay: *"Essa dinâmica relaciona-se com o papel pedagógico exercido pelo Judiciário, como um condutor dos primeiros passos rumo à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, mas que tende a se retirar quando as partes se revelam "preparadas" para caminhar por conta própria, decidindo sobre a melhor forma de solucionar seus conflitos. Nessa perspectiva, é como se o papel do Judiciário em relação aos meios autocompositivos fosse instrumental, na medida em que se coloca mais ou menos presente dependendo do momento e do nível de aceitação dos meios alternativos de solução de conflitos pelas partes e pela sociedade"*. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP, na área de concentração de Direito Processual, como requisito para obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo. 2011. Não publicada.

A realidade brasileira inquestionavelmente tem se mostrado incompatível com esse modelo de Judiciário que busca tão somente *remediar* o conflito: uma sociedade que se caracteriza ainda por fortes desigualdades sociais e regionais, ao mesmo tempo em que assinala uma explosão de litigiosidade, e contraditoriamente, também impede o acesso aos Tribunais de considerável parcela da população, ainda em situação de pobreza absoluta, comprometendo seriamente a efetividade dos direitos fundamentais.

A cultura demandista que se instalou na sociedade brasileira, por conta de uma leitura irreal da garantia constitucional do acesso à justiça que tanto de buscou nos últimos trinta anos, permitiu com essa oferta, o desaguadouro geral e indiscriminado no Judiciário de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, obrigando-o a albergar desavenças que beiram o capricho dos litigantes, como as controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica, que não justificam a judicialização, podendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato estatal.

Nesse passo, para nós, o melhor modelo é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Por outro lado, não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Nos EUA a mediação é obrigatória em alguns Estados (como é o caso da Califórnia e da Flórida, por exemplo). Na Argentina, desde outubro de 1995, foi estabelecida a obrigatoriedade da instância prévia de mediação aos processos judiciais. Tal situação se mantém na atual Lei nº 26.589/10. Semelhante situação vem ocorrendo na Itália desde o advento do Decreto Legislativo nº 28, de março de 2010.

O Projeto de Lei brasileiro nº. 94 também fazia a previsão da mediação obrigatória nas hipóteses regidas pelo art. 34 deste diploma, de modo que apenas se os litigantes não alcançarem o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Tais modalidades criam uma espécie de condição de procedibilidade, ou seja, nos casos determinados no texto legal, o uso da mediação deve necessariamente anteceder o exame judicial, sob pena de falta de condição para o regular exercício do direito de ação.

Conjeturando o possível questionamento sobre a constitucionalidade de tal exigência prévia à provocação judicial, a jurista brasileira Ada Pelegrini Grinover expõe seus motivos e ressalta que o que é obrigatória é a mediação e não o acordo e mais do que uma alternativa ao processo, os meios alternativos de solução de controvérsias configuram instrumentos complementares, “multiportas”, sendo preciso ainda, estimular a sedimentação de uma cultura que permita o seu vicejar. “E para tanto, a mediação obrigatória parece constituir o único caminho para alimentar essa cultura”.<sup>39</sup>

Todas essas soluções, com o devido respeito, parecem-nos equivocadas, mas é preciso buscar uma solução de equilíbrio entre essas duas vertentes.

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

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, objetivo das Comissões de Conciliação Prévias da Justiça do Trabalho, de existência breve por ter sido reconhecida sua inconstitucionalidade; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o *call center* de uma empresa pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição ao regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.

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

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

---

<sup>39</sup> Em prol desta proposta, alguns juristas defendem o argumento histórico, vez que na Constituição Imperial Brasileira de 1824 dispunha no artigo 161, inserido no título “Do Poder Judicial”: “Sem fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p.100.

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

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica<sup>40</sup>.

E isto fica muito claro no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, na medida em que o art. 118 confere uma série de poderes ao juiz, sobretudo no que se refere à direção do processo, mencionando expressamente a adequação e a flexibilização mitigada enquanto instrumentos para se alcançar a efetividade.

Nesse passo, é evidente que a maior preocupação do juiz será com a efetiva pacificação daquele litígio, e não apenas, com a prolação de uma sentença, como forma de resposta técnico-jurídica à provocação do jurisdicionado.

Não custa lembrar, como nos indica Eligio Resta<sup>41</sup>, que a conciliação tem o poder de "desmanchar" a lide, resultado este que na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

A mediação incidental judicial já pode ser feita hoje no sistema judicial brasileiro. Sobretudo após o advento da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça. Contudo, nessa hipótese, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta

---

<sup>40</sup> Já há alguns anos temos insistido na necessidade de ampliação dos horizontes da solução de conflitos. A propósito: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos", in "Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

<sup>41</sup> RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 119.

do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Importante registrar a obra de Luis Alberto Warat<sup>42</sup>, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

Esta ideia parte da premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo; apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle<sup>43</sup>.

Muitas vezes, esse controle significa na prática, garantir que o canal de comunicação fique sempre aberto e conscientizar as partes sobre a importância da preservação do vínculo que as une<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.

<sup>43</sup> "No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário 'eliminar' e sim 'decidir' conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como "função fundamental" a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação de conflitos. Assim, o conflito social representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagônicos, são estruturalmente vinculados – aliás, o "vínculo" é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social. A ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente esse vínculos, podendo, inclusive, dar-lhes uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial). Não lhe 'compete' dissolvê-los (no sentido de eliminá-los), porque estaria suprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhes determinados inputs (demandas)". SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>, p. 24.

<sup>44</sup> "Outras três palavras provenientes do prefixo *med* possuem sua importância apontada por Elígio Resta. O autor explica que entre dois valores extremos, mas opostos e conflitantes, a relação escalonada oferece resultados diversos: a média, a moda e a mediana. Nesse contexto, a média pressupõe a separação e a divisibilidade, porém, exclui a conjunção, como recorda a notória decisão do juízo salomônico. A média resolve o conflito, porém, o faz cortando, interrompendo cada comunicação e excluindo passado e futuro: é o que faz o juízo quando decide com base numa escolha fria e contábil". SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a*

Para Boaventura Santos<sup>45</sup> só a mediação poderia subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica.

Cada ordenamento jurídico faz sua opção política<sup>46</sup>.

De qualquer forma, fica desde logo afastada qualquer ideia de que os meios alternativos conduzem à privatização do processo. Nesse sentido, não custa lembrar o ensinamento de Barbosa Moreira<sup>47</sup>: *“falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa”*.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir satisfatoriamente de certos tipos de litígios.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

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

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

---

teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>, p. 40.

<sup>45</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

<sup>46</sup> De toda sorte, é bom que se esclareça que o uso dos mecanismos alternativos de conflitos pode se dar por três formas: (1) pela vontade das partes; (2) por força de lei; e (3) por determinação judicial. REUBEN, Richard. *Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, *UCLA L. Rev.*, vol. 47, p. 971.

<sup>47</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?* in *Temas de Direito Processual*, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 11.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, e ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos, destacando no entanto, que o movimento europeu, em especial o italiano, deve servir de modelo para as mudanças processuais que estão prestes a se operar no Brasil.

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

O cidadão procura o juiz, *despeja* seu problema e fica aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando caso a solução demore ou se não vem do jeito que ele deseja. Defendemos que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas ideias permitirá um enorme avanço no processo de desenvolvimento social do povo brasileiro e ao mesmo tempo, levará à intensificação de uma preocupação que hoje já ocupa a mente dos juristas.

Refiro-me à necessidade de se pensar um sistema que, ao mesmo tempo em que permite e incentiva o uso da mediação, preserva e viabiliza todas as garantias constitucionais deste procedimento, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo judicial, enquanto forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, o desafio de agora em diante não é mais o de inserir a mediação no ordenamento brasileiro ou no italiano, mas sim justificar constitucionalmente esse meio alternativo e principalmente, preservar e resgatar sua natureza com as premissas especialmente lançadas pelo Direito Fraternal na importante contribuição do jurista italiano Eligio Resta ao direito contemporâneo, permitindo que o anseio de trinta anos por um efetivo acesso à justiça não se reverta definitivamente numa grave crise do Estado-jurisdicção, enfrentada por países de diferentes continentes, que periga não se reverter se a questão do monopólio judicial para a solução dos conflitos não for enfrentada com a seriedade e imparcialidade que o tema requer.

#### **Referências Bibliográficas:**

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial, 2009, disponível no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br>.

- BAGGIO, Antônio Maria (org.). *O Princípio Esquecido*. v.1 e 2. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Alemida. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?* in Temas de Direito Processual, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp. 7/18.
- BESSO, Chiara. *La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie*. Artigo disponível no vol. VI da Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível no endereço <http://www.redp.com.br>, acesso em 10 de janeiro de 2011.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.
- CHASE, Oscar. *I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli stati uniti d'america*, in VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia. I Metodi Alternativi di Soluzione delle Controversie nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 131/156.
- CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005. pp. 94/137.
- CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali*, in Revista de Processo, vol 99, p. 249/293
- DECRETO LEGISLATIVO 4 março 2010, n. 28. *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.
- DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, Andre Gomma de. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010*, in <http://www.judicium.it>, consultado em 20 de outubro de 2011.
- E. FABIANI, M. Leo. *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"* di cui al d.lgs. n. 28/2010. *Revista Judicium*. <<http://www.judicium.it>>. Acesso em 13/09/2011.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os conflitos como processo de mudança social*. *Revista de Direito Administrativo*. n.219, p. 219-227, jan./mar. 2000.

- FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.
- FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus. 1987.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*, 2a edição, Coimbra: Almedina, 2009.
- HILL, Flavia Pereira. *A nova lei de mediação italiana*. *Revista Eletrônica de direito Processual*. vol. VI. p. 294-321. <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 13/09/2011.
- LINDBLOM, Per Henrik. *La Privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4, dez. 1995, p. 1399.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- MARTINI VIAL, Sandra Regina. *Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita*. *Contribuciones desde Coatepec*. n. 012, p. 123-138, jan./mar. 2007.
- MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione “forzata”*. In *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it). pp. 01-02.
- MOORE, W. Christopher. *O processo de mediação*. Tradução Magda França. Porto Alegre: Artmed, 1988.
- MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194, in <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 14 de novembro de 2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos*. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-80.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.
- \_\_\_\_\_. *A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.
- \_\_\_\_\_. *La mediazione nel diritto brasiliano: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile*, artigo produzido a partir de palestra proferida na Università Roma Tre, no dia 18 de janeiro de 2011 e publicado em <http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano->

evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile, no dia 13 de janeiro de 2011.

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

PROJETO DE LEI Nº 8046/10 - PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, disponível em <http://www.camara.gov.br>.

RESTA, Elígio. *Il Diritto Fraterno*. Roma: Laterza, 2009.

REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice, *UCLA L. Rev.*, vol. 47, p. 971.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, fev.1996.

SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Judicium. Disponível no endereço eletrônico: [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflito*. 1997. 423 f. Tese Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/edinisc>>. Acesso em: 13/09/2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Européia, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

VIGORITI, Vincenzo. *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*. Revista de Processo. n. 197, p. 339-355. 2011.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

## **SISTEMA RECURSAL, PEC DOS RECURSOS E MOROSIDADE DA JUSTIÇA**

*João Batista Lopes*

Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da  
PUC/SP. Desembargador aposentado. Consultor  
jurídico.

### **1. Considerações gerais**

A necessidade de simplificação do sistema recursal é tema recorrente nos cursos de pós-graduação e tem sido objeto de acesa polêmica ao ensejo das discussões sobre o novo CPC.

É certo que o vigente sistema recursal não é o único “ponto de estrangulamento” do processo, podendo-se afirmar que, de modo geral, a prestação jurisdicional é morosa.

Sucedem que o quadro de lentidão não é o mesmo nos vários rincões do país.

Com efeito, não é difícil apontar comarcas em que a solução das lides é obtida em tempo razoável. Lembro-me da tranquila comarca de Conchas, em que judiquei na década de 1970: com distribuição inferior a 1.000 processos por ano, era possível manter pauta de menos de um mês, o que permitia ambiente forense cordial e conversas agradáveis com os advogados e com o promotor. E assim ocorre, hoje, em muitas comarcas pequenas.

Diversa, porém, é a situação de várias comarcas em que o volume de ações é elevado: em algumas varas cíveis da comarca da Capital de São Paulo, por exemplo, a simples juntada de petições aos autos demora alguns meses!

Como é curial, as causas dessa morosidade são variadas e nem sempre decorrem do volume de processos, mas é notória a sobrecarga de trabalho na maioria das comarcas e, particularmente, em segunda instância, cujas pautas, não raro, são superiores a 300 recursos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Lembro-me de uma sessão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano passado, em que houve 12 pedidos de sustentação oral !

Sobreleva notar que o volume excessivo de processos é uma realidade também nos tribunais superiores: ainda recentemente, dois Ministros tomaram posse no STJ sendo que um deles recebeu acervo de 10.000 processos e o outro, 8.000!

Em verdade, há muito se vem observando esse quadro de anormalidade, que levou o professor Luis Roberto Barroso a afirmar, em entrevista a um dos canais de televisão: “os juízes foram transformados em administradores de montanhas de processos”.

É certo que também outros países enfrentam dificuldades no serviço judiciário. Em 6 de outubro, o diário espanhol *El País* publicou matéria em que, após ressaltar que “la justicia no pasa por sus mejores momentos” reclama melhorias nos edifícios e mais pessoal para fazer frente ao elevado número de processos. Também Portugal e França se vêem diante de problemas, tendo-se notícia de recentes greves de juízes. E a Inglaterra, afastando-se da tradição, houve por bem adotar legislação escrita( CPR) para enfrentar o problema processual.

Como diria, porém, BARBOSA MOREIRA, o fato de a justiça ser morosa em outros países não resolve nossos problemas, nem chega a ser um consolo...

## **2. Simplificação do sistema recursal:**

Costuma-se dizer que nosso sistema recursal é excessivamente complexo, o que implica excessiva morosidade na tramitação dos feitos e, em certos casos, até sua eternização.

Fala-se, com frequência, na necessidade de simplificação do sistema recursal.

Importa, porém, antes de tudo, fixar precisamente o conceito de *sistema*. O termo tem larga aplicação nos vários ramos da ciência, e tanto pode significar “uma totalidade dedutiva de discurso”, como “qualquer todo organizado” ou “arrolamento de unidades e combinação de meios e processos que visem à produção de certo resultado” ou, ainda, “inter-relação das partes, elementos ou unidades que fazem funcionar uma estrutura organizada”.<sup>2</sup>

WATSLAWICK, BEAVIN e JACKSON, partindo da noção de sistema como “conjunto de objetos com as relações entre eles e seus atributos”, indicam as seguintes notas que o caracterizam:

---

<sup>2</sup> Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 908/909 e Dicionário Houaiss, verbete *sistema*.

- a) *globalidade*, na medida em que o sistema é um conjunto complexo formado de elementos que devem comportar-se harmonicamente;
- b) *não-somatividade*, no sentido de que não constitui simples somatória das partes o que comprometeria o próprio sentido de conjunto;
- c) *interação*, ou seja, a troca de influências entre seus elementos;
- d) *retroalimentação*: processo pelo qual se produzem alterações no sistema decorrentes das respostas à ação do próprio sistema<sup>3</sup>.

A seu turno, CANARIS, partindo da ideia de sistema de KANT (para quem a *unidade* é a principal característica) aponta mais um atributo, a *ordem*:

*“As características do conceito geral de sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito (...) A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”*.<sup>4</sup>

Impende assinalar, também, que *sistema* não é um conjunto consolidado de elementos, uma vez que, como adverte LUHMANN, “a *unidade* é algo que se deve construir, e não preexiste como indivíduo, como substância, como ideia da própria operação”.<sup>5</sup> E o Direito, para ele, é um subsistema social *auto-referencial* e *autopoietico*.

Quando se cogita de simplificar o sistema recursal, é necessário, além de atentar para os requisitos retro mencionados, responder à seguinte indagação: que recursos poderiam ser abolidos ?

Para logo, devem ser descartados os chamados recursos excepcionais cuja eliminação implicaria esvaziamento dos tribunais superiores e certamente não lograria êxito em eventual proposta de emenda constitucional.

Por igual, a abolição da apelação (ou sua substituição por recurso semelhante ao dos Juizados Especiais) encontraria resistência na comunidade jurídica e dificilmente seria aprovada.

No que respeita ao agravo, sua eliminação pura e simples acarretaria o retorno do mandado de segurança anômalo, ou seja, a substituição de um recurso por outro processo...

---

<sup>3</sup> Cf. *Pragmática da comunicação humana*, 11ª.ed. Trad.Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 109.

<sup>4</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2ª.ed., trad. de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.279 e 280.

<sup>5</sup> *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*(trad. de Santiago Lopez e Dorothe Schmitz). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990, p. 89.

Sobreleva notar, também, que a opção pela indicação das hipóteses de cabimento em *numerus clausus* não resolverá o problema definitivamente, porque surgirão novos casos em que haverá necessidade de imediata proteção ao jurisdicionado(a título de exemplo, o Projeto não contempla o agravo para a hipótese de decisão interlocutória destituída de fundamentação).

Também discutível é a proposta de eliminação da figura do revisor na apelação, que poderá reduzir o grau de segurança nas decisões sobretudo se considerarmos o atual ritmo de trabalho dos julgadores.

Como se vê, a pretendida simplificação esbarra em várias dificuldades sobre as quais há que refletir.

### **3. A PEC dos recursos:**

A chamada PEC DOS RECURSOS (proposta destinada a admitir a execução definitiva das decisões de segunda instância) nas palavras do Min. CEZAR PELUSO, “não se destina a acabar com os recursos. Eles vão continuar sendo usados do mesmo modo. Mas as decisões de segundo juízo serão executadas imediatamente”.

Como se vê, a proposta tem o escopo de conferir eficácia imediata e plena às decisões dos tribunais locais, sem prejuízo da possibilidade de o vencido valer-se dos recursos especial e extraordinário.

Independentemente da posição de cada um a respeito do tema, não se pode deixar de reconhecer a relevância e atualidade da discussão, presente o quadro de morosidade processual, que acarreta tantos prejuízos à sociedade.

Com efeito, o atual sistema recursal possibilita a tramitação do processo por quatro graus de jurisdição (juízo monocrático, segundo grau, recurso especial, recurso extraordinário), sem falar nos agravos, embargos de declaração, embargos de divergência, medidas cautelares etc. Assim, só com o trânsito em julgado, que pode durar cinco, dez ou mais anos, é que se torna viável a execução definitiva do julgado, em prejuízo do que a doutrina italiana denomina *giusto processo* e em conflito aberto com o princípio constitucional da *razoável duração do processo*.

Prestigiar as decisões judiciais, até que sejam revistas, contribui, certamente, para a boa imagem do Poder Judiciário, que poderá sofrer comprometimento com a interminável tramitação dos feitos.

Importa ressaltar, sob outra perspectiva, que autorizada doutrina defende a eficácia imediata da sentença de primeiro grau, em harmonia com a orientação adotada,

na Itália, pelo Código de Processo Civil, e, na Espanha, pela Ley de Enjuiciamiento Civil (com algumas exceções, como as causas relativas a capacidade civil, paternidade, nulidade de matrimônio). Nesse sentido, o professor MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, em recente tese de doutorado publicada pela Saraiva, põe em relevo: “...hão de ser criadas novas técnicas – como a da não suspensividade dos efeitos da sentença – que visem a dar efetividade ao processo e que se preocupem com a satisfação do direito material da parte, ainda que se corra o risco indesejável de que, em um caso ou outro, o serviço jurisdicional não seja prestado a contento, embora os danos por ele causados sejam reparáveis” (*Apelação sem efeito suspensivo*, p. 95).

Sensível a essa realidade, o Projeto 166/1910 (Substitutivo aprovado em 15.12.2010) estabelece, no art. 949: “Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. § 1º. A eficácia da decisão poderá ser suspensão pelo relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, observado o art. 968”. Desse modo, a apelação, que hoje se sujeita à regra geral do duplo efeito (art. 520 do CPC) passará a ostentar, somente, o efeito devolutivo.

Verifica-se, portanto, preocupação em prestigiar a jurisdição de primeiro grau, para se evitar que a sentença monocrática seja considerada *mera exortação ao cumprimento do dever*, como se expressava o saudoso professor OVIDIO ARAUJO BAPTISTA DA SILVA.

Poder-se-á argumentar que a lentidão processual tem causas diversas – anacronismo da organização judiciária, insuficiência do número de juízes, falta de motivação dos servidores, deficiência do ensino jurídico etc. – e, desse modo, as alterações legislativas não teriam o condão de modificar esse quadro.

De qualquer modo, a simplificação do sistema recursal deve ocupar lugar de relevo na agenda do novo CPC; e a chamada *PEC DOS RECURSOS* deve ser objeto de discussão, com ponderação dos valores envolvidos. De um lado, pesa a necessidade de dar solução às lides em prazo razoável; de outro, há que refletir sobre os riscos de execução definitiva antes de possibilitar o acesso aos tribunais superiores. O tema exige amplo debate com participação efetiva dos processualistas, dos tribunais e da comunidade jurídica em geral.

Como vimos, porém, a *PEC DOS RECURSOS* não é o único aspecto polêmico quando se fala na necessidade de simplificação do sistema recursal.

Vários são os pontos a serem discutidos e não deve haver pressa na aprovação do novo CPC. A Suíça, que recentemente aprovou um novo Código, demorou cerca de cinco anos para fazê-lo!

Afigura-se, pois, oportuna a realização de pesquisas para se ouvirem os tribunais e, também, a primeira instância, que enfrenta problemas estruturais na luta diária pela efetividade do processo e realização da justiça.

## **O MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO (UMA ANÁLISE FEITA À LUZ DAS TENDÊNCIAS CODIFICADORAS)**

*Júlio Camargo de Azevedo*

Pós-graduando do Curso de Direito Processual Contemporâneo da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social “Júlio de Mesquita Filho”. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado - NUPAD, certificado pelo CNPQ e vinculado à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da consolidação, da compilação, dos códigos e das leis extravagantes. 3. Do microsistema de processo coletivo. 3.1. Do microsistema atual de processo coletivo. 4. Anteprojetos de Códigos Processuais Coletivos. 4.1. Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América. 4.2. Movimentos codificadores do direito processual coletivo brasileiro. 5. Da real necessidade de codificação dos direitos coletivos. 6. Referências bibliográficas.

### **1. Introdução**

Oportuno enunciar este estudo lembrando alguns pontos evolutivos da tutela coletiva no Brasil. Historicamente, verifica-se que os interesses transindividuais não foram facilmente identificados e agrupados de maneira que pudessem ser devidamente assegurados. Escondidos nos rincões de uma sociedade eminentemente marcada pela individualidade e egoísmo, os direitos coletivos somente vieram à tona após largas transformações sociais, impulsionadas pela Revolução Industrial e pelo advento do Estado Social de Direito. Em verdade, a coletividade somente presenciou a eclosão dos interesses massificados após sofrerem o limite de suas transgressões, fazendo com que estes direitos, até então tímidos e ocultos, emergissem ao plano social evidenciando sua urgência por tutela e reconhecimento.

Diante deste quadro social, doutrinadores e juristas do mundo contemporâneo passaram a estudar com afinco os direitos emergentes das “sociedades de massa”, sendo esta a primeira etapa evolutiva do processo coletivo: a fase identificadora da *transindividualidade* de alguns direitos.

Na década de 70, devido a influência divulgada nas “*class actions*” do direito norte-americano, dois juristas excepcionais, representantes de distintas correntes jurídicas mundiais (“*common law*” e “*civil law*”), enriqueceram o direito moderno com aquilo que eles vieram denominar de “ondas renovatórias do direito”. Mauro Cappelletti e Bryant Garth destinaram, em sua festejada obra (O acesso à justiça – 1976), a segunda das três grandes ondas renovatórias à necessidade de coletivização do processo.

No Brasil, a legislação foi progressivamente escrevendo a história da tutela coletiva, iniciando-se com a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), depois se ampliando com a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347), em 1985. Desabrochou, enfim, com a Constituição Federal de 1988, seguida do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei nº 8072). Por conseguinte, vieram os códigos setorializados e os estatutos, bem como as legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o sistema utilizado para a proteção dos interesses difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos.

Nesta esteira, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais (códigos e legislações especiais), destinados a tutelar interesses comuns, contribuiu, com maior efetividade, à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais, em razão do vazio conceitual e legislativo existente até então, permaneciam à deriva de tutela, quase que em um “limbo jurídico”.

Esta vasta miscelânea legislativa é justamente o objeto do presente ensaio, o qual preocupa-se em analisar o microssistema vigente de processo coletivo, sem, todavia, se descuidar das novas inclinações atinentes ao tema, principalmente no que toca às tentativas de codificação deste sistema.

Em breve resumo, trilha-se uma linha cronológica que evidencia a evolução histórica do processo coletivo, passando pelas principais tentativas de Codificação (*Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero América; Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – CBPC-IBPD; e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC-UERJ/UNESA*), até chegar ao Projeto de Lei nº 5.139/09 (Lei das Ações Coletivas), o qual reconduz a estrutura normativa disposta no microssistema coletivo a um único corpo legal, buscando assentar as principais lições doutrinárias e jurisprudenciais colhidas nas duas décadas de chancela coletiva brasileira.

Ao final, procura-se estabelecer a resposta para a indagação que assola a maioria dos estudiosos do tema: no Brasil, viabiliza-se a codificação do processo coletivo?

## **2. Da Consolidação, da Compilação, dos Códigos e das Leis Extravagantes**

Antes de adentrar ao bojo do microssistema coletivo nacional, ou mesmo na árdua discussão acerca da necessidade (ou não) da codificação das regras processuais coletivas, justificam-se algumas ressalvas sobre as várias espécies de reunião de normas jurídicas existentes no Direito, sendo necessário, para tanto, adentrarmos a esfera da produção legislativa, dissertando sobre as diferentes espécies de agrupamento de leis existentes no mundo jurídico.

Entende-se por *Consolidação* de leis, o mero recolhimento de normas esparsas e já existentes, que passam a submeter-se a determinada ordenação. A Consolidação não atende a nenhuma forma preestabelecida, sendo de rigor observar apenas que esta reunião de leis se desenvolve de maneira sistematizada, como ocorrido, por exemplo, com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (criada em 1943 para reunir leis materiais e processuais pertinentes ao direito laboral). Cabe acrescentar, por fim, que a Consolidação não exige qualquer formalidade quanto ao seu nascimento jurídico, isto é, pode ser criada por lei ordinária, lei complementar, decreto etc. (ressalvada a sua criação por medida provisória, por expressa disposição constitucional).

Esta espécie de reunião de normas (Consolidação) em nada se confunde com a *Compilação* de leis. A Compilação possui caráter mais simplificado que a Consolidação, constituindo-se como um singelo agrupamento de leis, atinente a determinado assunto. Leva-se em consideração apenas o aspecto cronológico das leis agrupadas, não existindo por parte de seus entusiastas qualquer preocupação sistemática acerca da matéria que está a se reunir. Tal fato acaba muitas vezes levando a um verdadeiro arcabouço de leis descriteriosas e dissonantes entre si, que prejudicam, inclusive, o manejar daqueles que dela lançam mão.<sup>1</sup>

A seu turno, os *Códigos* ostentam definição de maior complexidade. Consubstanciam-se como livros contentores de uma compilação oficial de leis, sob a qual haja uma sistematização orgânica delineada, que permita a reunião de um conjunto de normas uniformes e coerentes, propondo-se a disciplinar, de maneira durável e permanente, uma determinada matéria jurídica.<sup>2</sup>

Os Códigos são verdadeiros sistemas normativos que disciplinam, de maneira uníssona, um determinado ramo do direito. Suas regras só ganham existência no mundo jurídico com o nascimento do próprio Código, o qual exige ainda, para sua validação, que seja instituído por meio de lei ordinária (distinguindo-se, neste ponto, da Consolidação que pode ser criada por decreto).

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 8/9.

<sup>2</sup> Idem, p. 40/41.

Talvez, a característica de maior importância dos Códigos diga respeito ao seu conteúdo valorativo (ou principiológico), o qual permite que todas as normas criadas para tutelar determinada matéria persigam, desde o seu nascimento, a finalidades previamente instituídas. Em outras palavras, todo Código possui uma carga valorativa inaugural, que norteia as novas regras criadas segundo valores pré-estabelecidos.

Distingue-se o conceito de Código das *Legislações Extravagantes*. Tais leis, também chamadas de leis especiais ou esparsas, “*disciplinam situações jurídicas novas, algumas vezes transitórias, ou até mesmo determinados territórios jurídicos de menor extensão*”.<sup>3</sup> Destarte, verifica-se que, nas leis extravagantes, não há uma preocupação sistêmica e orgânica com as regras jurídicas que compõem o seu texto, ao contrário do que ocorre com os Códigos.

No entanto, a ideia de Código como sistema fechado, estanque, insensível a outros diplomas normativos a sua volta, sofreu determinada flexibilização ao longo da evolução da produção legislativa. Aquela concepção de Código completo, fechado e inflexível, que predominava sobre os Códigos oitocentistas, passou a conceder espaço a um sistema muito mais buliçoso, móvel, atento às mudanças sociais e influenciado pela necessidade de se conferir respostas mais justas e adequadas aos clamores populares.

Nesta esteira, surge o movimento da “*Descodificação*”, o qual caracteriza-se pela preocupação em conferir uma mobilidade atraente aos sistemas legais, convidando-os a dialogar com a sociedade e com outros ramos do direito. Vê-se, portanto, que tal movimento tem a predileção pela flexibilidade dos Códigos – também denominados códigos “*abertos*” – ao invés de relegá-los à rigidez de um sistema incomunicável e auto-suficiente.

Tal retórica leva a crer que esses Códigos se aproximam das necessidades vitais de uma sociedade, ampliando os horizontes dos aplicadores do Direito na busca por uma tutela jurisdicional adequada. Hoje, os chamados “*conceitos jurídicos indeterminados*”, bem como as denominadas “*cláusulas gerais*”, ilustram, de maneira exemplar, como os institutos jurídicos vem se modificando ao longo dos tempos, inovando o manejar dos códigos no dia-a-dia. Sobretudo, permitem um diálogo mais aproximado entre os inúmeros significados da norma aliado às necessidades peculiares do caso concreto.

Como exemplos desta nova empreitada, podemos citar os microssistemas legais, os estatutos processuais, bem como os códigos setorizados, diplomas que, ao revés de se enclausurarem em suas próprias normas, admitem o diálogo com regras exteriores, maleabilizando o uso de seu procedimento às vicissitudes do litígio entre as partes.

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 41.

Contudo, muito embora cativante o movimento descodificador, com todas as suas “portas de entrada” para o mundo dos fatos, é preciso ter cuidado para não se desvirtuar a essência codificadora, principalmente no que toca ao seu aspecto valorativo. Neste prisma, para se ter um Código de leis, é necessário se ater a uma ideia de **ordem** e **unidade**, premissas básicas capazes de fixar uma linha metodológica em que se delimita a estrutura do diploma, o objeto da codificação e seus precípuos objetivos, sob pena de descaracterização da reunião de leis codificadas.<sup>4</sup>

Em outras palavras, não basta para a aproximação das realidades fáticas a mera generalização de códigos abertos. De nada adianta ter um diploma próximo da realidade e desestruturado valorativamente. O conteúdo principiológico de um código de leis é o ponto fulcral da construção de um sistema jurídico, pois é o que lhe confere a sustentação necessária para embasar as regras que se encontram dispostas ao longo de seu corpo. Construir um código de leis sem uma forte base principiológica seria como construir um edifício sem suas vigas-mestras, ou mesmo um corpo sem esqueleto.

### 3. Do microssistema de processo coletivo:

Um microssistema legal pode ser definido como a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais (Constituição Federal, Códigos, Leis especiais, Estatutos etc), destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam uma aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames.

Gregório Assagra de Almeida anota que este tipo de sistematização teve incidência no Brasil a partir das décadas de 1960 e 1970, apresentando uma nova metodologia legislativa representada pelos seguintes fatores:

Abandono da técnica legislativa de elaboração de comandos normativos genéricos e neutros; definição dos objetivos da política legislativa com finalidades próprias de um Estado promocional de valores e políticas públicas por meio do Direito; utilização de expressões setoriais com o abandono do caráter universal e precisão lingüística das codificações clássicas; regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões do direito material, do direito processual, do direito material penal, do direito administrativo, abrangendo vários ramos do Direito dentro de uma concepção

---

<sup>4</sup> ALMEIDA estampa a necessidade de preocupação redobrada no trato dos códigos processuais. Considerando o processo como meio, instrumento, para a realização do direito material, o autor aponta que a fixação de normas e princípios processuais deve se ater ao objeto formal da codificação, mas também ao objeto material, evitando obstáculos à interligação de ambos os sistemas. ALMEIDA, op. cit., p. 43.

multidisciplinar e transversal; reconhecimento de novos sujeitos dos direitos com a implementação de tutela jurídica de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.<sup>5</sup>

Houve, assim, um deslocamento do monossistema clássico norteador do direito privado e dos códigos oitocentistas para uma nova realidade, composta por uma pluralidade de estatutos autônomos, dispostos a preservar os valores jurídicos fundamentais inalcançáveis pelo corpo legislativo monolítico.

### 3.1 Do Microssistema atual de processo coletivo:

O microssistema de processo coletivo pode ser tomado como o microssistema mais complexo do direito brasileiro, quicá um dos mais complexos do mundo. Nota-se, que sua formação é composta pela reunião intercomunicante de diversos diplomas legais, dos mais variados ramos do direito, e não só por influência de normas gerais. Estes conjuntos de leis interpenetram-se e subsidiam-se, compondo um microssistema independente do Código de Processo Civil (que se aplica apenas residualmente, e não subsidiariamente, como de costume ocorre em nosso ordenamento).<sup>6</sup>

Em recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, definiu-se o microssistema de processo coletivo, em voto do eminente Ministro Luiz Fux, hoje membro de nossa Suprema Corte:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...] <sup>7</sup>

A jurisprudência acima mencionada aborda, com pertinência, alguns dos principais diplomas atinentes à seara do processo coletivo brasileiro, todavia, não esquadrinha o modo como estes textos legais se relacionam. Vejamos.

O microssistema de processo coletivo baseia-se, essencialmente, em dois diplomas fundamentais que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual. São eles: a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 30.

<sup>6</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil – Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 4ª e., 2009. p. 50.

<sup>7</sup> STJ – Resp nº. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.02.2004.

Ambas estas leis formam o núcleo, o centro valorativo do microssistema de processo coletivo, pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos, como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõe o microssistema.

Em suas aulas, o professor Fernando da Fonseca Gajardoni ensina que esta bilateralidade existente entre a Lei de Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é permissível graças as suas “*normas de reenvio*”, previstas nos artigos 21 da LACP e 90 do CDC, ora mandando que se aplique uma lei, ora mandando que se aplique outra. Tal simetria oferece aos operadores da tutela coletiva uma potencial abertura para manejar ambos os diplomas legais, estabelecendo um constante diálogo entre as fontes normativas.

Se possível imaginar que o microssistema de processo coletivo fosse um corpo humano – o que não é difícil dada à complexidade e interligação de seu sistema – ousar-se-ia dizer que a LACP e o CDC seriam o coração deste corpo, porquanto, assim como o referido órgão muscular se responsabiliza pela troca de sangue venoso e arterial e os bombeia a todas as extremidades do organismo, ambas as leis realizam uma comunicação incessante entre seus institutos, permitindo que suas regras alcancem outras legislações que compõem o microssistema de processo coletivo. Sem o coração, o corpo restaria morto, sem a LACP e o CDC, não haveria tutela coletiva.

Esta intertextualidade sistêmica é, portanto, o pilar que permite toda esta integração dinâmica e flexível do microssistema de processo coletivo.

São inúmeras as outras legislações que compõe o microssistema, podendo-se citar aqui, apenas a título de complementação dos diplomas citados pelo ministro do STF, as legislações referentes à Habitação e Urbanismo (*Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/01 e Parcelamento do Solo – Lei nº 6.766/79*); ao Meio Ambiente (*Código Florestal – Lei nº 4.771/65; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental – Lei nº 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81; lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Lei nº 9.985/2000; Proteção do Bioma Mata Atlântica – Lei nº 11.428/2006; Política Nacional de Biossegurança PNB – Lei nº 11.105/2005 etc.*); aos Portadores de Deficiência (*Política nacional da pessoa com deficiência – Lei nº 7.853/89; Prioridade de atendimento – Lei nº 10.048/2000; Promoção da acessibilidade – Lei nº 10.098/2000; Direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais – Lei nº 10.216/01 etc.*); à Saúde (*Lei Orgânica do SUS – Lei nº 8.080/90*); à proteção do Patrimônio Público (*Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº. 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº. 8.666/93*), entre outras.

#### **4. Anteprojetos de Códigos Processuais Coletivos:**

Antes de adentrar a problemática sugerida acerca da codificação, sobreleva tecer algumas notas breves sobre a evolução do pensamento codificador, haja vista que, em diversas oportunidades, tentou-se, por aqui, adotar um Código de Processo Coletivo.

##### **4.1 Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América:**

O Código Modelo de Processo Coletivo foi um projeto do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. A Comissão Organizadora, composta por ninguém menos que Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi,<sup>8</sup> elaborou o anteprojeto e o apresentou em outubro de 2002, durante a XVIII Jornada do Instituto Ibero-Americano, ocorrida em Montevideu – Uruguai. Posteriormente, em 2004, o anteprojeto foi revisado por outra comissão de renomados processualistas, ocasião em que se confeccionou uma nova versão do texto, que foi apresentada e debatida no Congresso de Roma, gerando então uma terceira versão do trabalho. Esta última versão foi aceita e aprovada pela Comissão Revisora durante a Jornada Ibero-Americana realizada em Caracas, em outubro de 2004, transformando-se, finalmente, em um Projeto oficial de Código de Processo Coletivo.<sup>9</sup>

Os Códigos-Modelo originaram-se de estudos e trabalhos doutrinários colhidos ao longo dos tempos, que objetivavam estabelecer princípios e regras de interpretação jurídica comum a países de culturas próximas. Além disso, serviam como fonte de inspiração para reformas legislativas, graças à experiência jurídica colhida entre as nações participantes.

Divide-se em sete capítulos o conteúdo do Anteprojeto de Código-Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América.<sup>10</sup> Como principal avanço, anota-se a introdução a um processo coletivo estruturado como ciência processual independente, onde as discussões giravam em torno da necessidade de adequação dos institutos processuais de direito intersubjetivo, a fim de obter uma tutela verdadeiramente coletiva.

Por outro lado, pecava o Anteprojeto pela ausência de previsão das chamadas tutelas de urgência, um dos principais instrumentos destinados à defesa dos direitos

---

<sup>8</sup> Relevante apontar que Antonio Gidi foi um dos precursores dos estudos sobre a codificação do processo coletivo, conforme o Projeto: Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi (CM-GIDI), publicado pela Revista de Processo, São Paulo: RT, 2002.

<sup>9</sup> Além dos juristas que elaboraram o texto inicial, compunham a Comissão Revisora: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Ramiro Bejanaro Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia

<sup>10</sup> Sendo eles, I – Disposições Gerais; II – Provimentos Jurisdicionais; III – Processos Coletivos em Geral; IV – Ação Coletiva para a Defesa de Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos; V – Da Conexão, Da Litispêndência e Coisa Julgada; VI – Ação Coletiva Passiva e VII – Disposições Finais.

coletivos “*lato sensu*”. Além disso, a falta de adesão dos países participantes ao sistema único proposto, bem como a extrema “americanização” das normas do Código-Modelo, quase que em sua totalidade baseadas em regras das “*class actions*” do direito ianque, dificultavam ainda mais o sucesso de um Código Modelo das Américas.

#### **4.2 Movimentos Codificadores do Direito Processual Coletivo Brasileiro**

O Brasil, nação de suma importância jurídica, não só despontou na vanguarda do Anteprojeto de Código-Modelo Ibero-Americano, trazendo inúmeras contribuições para o processo coletivo, como também procurou, de maneira pioneira, estabelecer um Código próprio de Direito Coletivo, adequando os institutos contidos no Código-Modelo aos avanços do processo coletivo nacional.

Destacam-se dois principais projetos nacionais de códigos brasileiros de processo coletivo: o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBPD) e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, este elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

O primeiro foi inicialmente elaborado sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). O projeto original sofreu diversas adaptações por parte dos membros do IBPD, inclusive, sendo enviado em 2005 ao Ministério da Justiça para lapidação ulterior. O Código em testilha é composto de 54 artigos, abordando, em elogiável conjectura, todos os principais pontos referentes à tutela coletiva.

Já o segundo Anteprojeto, posteriormente elaborado sob a coordenação do magistrado federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, docente das disciplinas pioneiras de Direito Processual Coletivo (UERJ) e Tutela dos Interesses Coletivos (UNESA), era composto de um total de 60 artigos, cumprindo observar, sem nenhum demérito, que sua elaboração partiu dos debates sobre o conteúdo do primeiro Anteprojeto, realizado pela professora Ada Pellegrini Grinover.

Pode-se dizer que ambos os projetos exerceram significativa contribuição para o processo coletivo nacional, mormente porque, além de tentarem sistematizar as regras atinentes à tutela coletiva, tais trabalhos fizeram emergir, no cenário jurídico nacional, importantes debates sobre o tema, aperfeiçoando o que hoje se tem como a tutela coletiva dos direitos massificados.

Entretanto, como já dito alhures, um código que pretenda estabelecer um novo e independente ramo do direito, de maneira orgânica e uniforme, deve-se ater às suas

motivações precípuas, capazes de oferecer uma disciplina durável e permanente àquela matéria jurídica que está a se codificar. Nesta senda, diretrizes básicas componentes de um novo método sistemático de leis não podem ser olvidadas, nem sequer postas de lado, quando da instituição de um Código de Processo Coletivo.

É com esta sapiência que, em entrevista concedida ao Ministério Público do estado de Minas Gerais, Nelson Nery Junior dissertou sobre a codificação:

A ideia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha a sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para as diretrizes constitucionais.<sup>11</sup>

De fato, perspicazes foram as advertências do professor da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, eis que em nenhum dos Códigos verificava-se presente uma sólida base principiológica, a qual, de acordo com a hermenêutica jurídica, compõe a “pedra de toque” de um Código de leis.

Neste ponto, corrobora também Gregório Assagra de Almeida

[...] é fundamental a elaboração de uma proposta em que sejam fixadas as diretrizes metodológicas e **principiológicas** adequadas para a codificação pretendida, o que se pressupõe a análise da natureza jurídica do direito processual coletivo, a aferição de seu objeto material, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

[...] a criação de um código sem as diretrizes metodológicas e principiológicas necessárias poderá vir a representar, com pequenos avanços, uma mera consolidação ou compilação de leis, fragilizando a própria dimensão social e constitucional do sistema do direito processual coletivo brasileiro, que ainda tem muito a ser desenvolvido e compreendido.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Boletim informativo *MPMGJurídico*, p. 23. Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>, apud ALMEIDA, op. cit., nota 93. p. 98/99.

<sup>12</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 85.

Ademais, se o que se pretende é justamente desatar as amarras do tradicional processo individual e aperfeiçoar o microssistema de processo coletivo, nada mais recomendável do que incluir os principais cânones normativos que irão valorar e nortear a matéria, sem o qual não estaríamos falando de um verdadeiro Código de Processo Coletivo.

O professor Nelson Nery Junior ainda pontuou sua preocupação sobre a “americanização” do Processo Coletivo Brasileiro presente nos Códigos acima analisados, cuja opinião transcreve-se a seguir:

Queria discutir esses anteprojetos que tratam do Código de Processo Coletivo brasileiro. Na Universidade de São Paulo, capitaneada pela Professora Ada Grinover, há uma comissão que apresenta um projeto interno de Código de Processo Coletivo. No Rio de Janeiro, na UERJ, o Professor Aluizio Gonçalves de Castro Mendes, que é Magistrado, está também à frente de um projeto. Esses projetos estão tramitando e eu vejo neles problemas sérios de inconstitucionalidade e de não conformação ao sistema constitucional brasileiro de normas. O mais grave problema é a americanização do Processo Coletivo brasileiro.

[...] Todos esses anteprojetos querem transformar a legislação brasileira numa cópia fiel do Processo Coletivo norte-americano, que serve para aquele país, não serve para o Brasil. Essa é a minha crítica maior.

[...] Portanto, acho que o Código de Processo Coletivo brasileiro tem que partir de situações e modelos da nossa realidade. Nós é que temos que exportar o Processo Coletivo para os países latino-americanos, porque são todos eles países de formação romano-germânica do ramo que tem o seu direito interno na *Civil Law*, que vem do Direito romano. O Direito norte-americano advém do Direito comum, do *Common Law*, que é outra realidade, outra configuração, outro modelo jurídico, outro figurino. Como se aplicar na América Latina, cujo Direito é romano-germânico, uma disposição normativa que é anglo-saxônica? Por todas as razões, não é compatível com a cultura latino-americana adotarmos o modelo norte-americano. Temos que exportar tecnologia legislativa para a América Latina em matéria de processo legislativo, não o contrário. Não precisamos

importar dos Estados Unidos modelos que não são adaptáveis à nossa realidade social.<sup>13</sup>

## 5. Da real necessidade de codificação dos direitos coletivos:

Colocadas as premissas iniciais, chega agora o momento da indagação-cerne deste ensaio: no direito brasileiro, afigura-se recomendável a codificação do processo coletivo?

A resposta para tal questão não é trivial, tanto que já foi objeto de fecundas discussões acadêmicas. Para os que defendem a necessidade da codificação, e neste grupo citam-se juristas respeitados como Ada Pellegrini Grinover, Gregório Assagra de Almeida, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Rodolfo de Camargo Mancuso, entre outros, aponta-se, como principal argumento, a necessidade de ordenação e uniformização do sistema coletivo, onde a delimitação da abrangência da tutela coletiva poderia evitar entendimentos contraditórios.

Francisco Amaral bem explica as vantagens codificadoras:

A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real, o que se explica o triunfo das codificações nos três séculos.<sup>14</sup>

Neste sentido, perfilha também Gregório Assagra de Almeida

A codificação tem como principal vantagem a *ordenação* e a *uniformização* do sistema a ser codificado. Com isso, a codificação torna mais claro e evidente o objeto formal da respectiva área do Direito a ser codificada, de sorte a simplificar o sistema jurídico e a permitir a sua melhor compreensão. Ela facilita também a ordenação dos princípios e regras de interpretação e de aplicação do Direito no contexto da incidência da respectiva área codificada.

Aliás, a codificação do processo coletivo nos dias atuais revelaria a consagração dos esforços empreendidos pelos elaboradores dos Anteprojetos de Códigos de Processo

---

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Codificação ou não do Processo Coletivo?** De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, p. 154/155.

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 7ª e. São Paulo: Renovar, 2008. p. 122/123.

Coletivo, que desde 2002, contribuem para a formação da chamada teoria geral do processo coletivo. Nesta linha, explica Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Espera-se que desse debate surja um Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional e represente, de fato, um avanço, fortalecimento e desenvolvimento, em termos de legislação do direito processual coletivo, contribuindo-se para a melhoria do acesso à Justiça, da economia processual e judicial, da preservação do princípio da isonomia e do equilíbrio entre as partes na relação processual, consubstanciando-se, assim, em uma melhoria na prestação jurisdicional para a sociedade brasileira.<sup>15</sup>

De outra banda, parte da doutrina acena pela impraticabilidade da codificação,<sup>16</sup> explicitando que o sistema jurídico coletivo ainda não estaria “maduro” o suficiente para prever um código completo de direitos coletivos, dada sua recente aparição no direito brasileiro. Apontam para o fato de que ao invés de conceder bons frutos, um código prematuro poderia acarretar um engessamento do sistema, bem como que sua submissão ao Congresso Nacional poderia representar um retrocesso dos avanços até então obtidos em duas décadas de chancela coletiva.

Gregório Assagra de Almeida, apesar da propensão fixação pela codificação dos direitos coletivos, adverte, em sua obra, acerca dos pontos negativos à codificação:

A possibilidade de engessamento do sistema; mitigação de conquista com retrocessos indevidos no plano dos avanços já obtidos no sistema pátrio tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional; a adoção de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema brasileiro; à burocratização do próprio sistema do direito processual coletivo, com a geração de incidentes indesejáveis que venham retardar a tutela jurisdicional coletiva com prejuízos aos interesses sociais; a vinculação com a concepção liberal individualista do CPC, o

---

<sup>15</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

<sup>16</sup> Destacam-se, como autores contrários a Codificação, Elton Venturi e Nelson Nery Junior (este último que, embora admita ser atraente a ideia de se codificar o processo coletivo, não acolheu com bons olhos os Projetos criados, tomando-os como deficientes. NERY JR., op. cit. p. 154/155).

que poderá ocorrer com a elaboração de um código que não rompa com as amarras do referido diploma processual etc.<sup>17</sup>

A respeito desta temática, reforça Elton Venturi

[...] são grandes as chances de que o Anteprojeto, uma vez enviado ao Parlamento, possa vir a ter seu espírito desfigurado em função de alterações impostas pelas Casas Legislativas, não sendo desconhecida a profunda antipatia que as ações coletivas geram em muitos segmentos sociais politicamente fortes, de onde se deve aguardar todo tipo de articulações no intuito de, ao invés de aprimorar o sistema de tutela jurisdicional coletiva, restringi-lo ainda mais.

Dentro desse panorama político, parece pouco provável que o Congresso Nacional brasileiro deixe de aproveitar a oportunidade para eventualmente revogar muitas das conquistas já adquiridas no campo processual civil coletivo, que fazem hoje de nosso país, ao menos na teoria, um dos mais avançados nessa área.<sup>18</sup>

De fato, não podemos menosprezar os argumentos esposados acima. Hugo Nigro Mazzilli, em recente exposição no Ministério Público paulista, fez questão de destacar o inobjetável incômodo que as ações coletivas causam àqueles que detêm o domínio do poder econômico em nosso país,<sup>19</sup> porquanto o surgimento de novos instrumentos de defesa da coletividade evidencia cristalino desconforto às pretensões obscuras de setores da política nacional.<sup>20</sup>

A propósito, em 2009, tivemos uma indesejável demonstração da força dos “lobbies” das grandes indústrias e das instituições financeiras atuando em detrimento da evolução do direito processual coletivo brasileiro. Estamos nos referindo ao Projeto de Lei nº 5.139/09, apreciado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, que teve como relator o deputado federal Antônio Carlos Biscaia.

---

<sup>17</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 83/84.

<sup>18</sup> VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

<sup>19</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Curso de tutela coletiva**. APMP (Associação Paulista do Ministério Público) São Paulo, aula 03. Exibido via “Webcast” em 30/04/2009.

<sup>20</sup> Recorde-se, neste sentido, a confessada *estratégia legislativa* utilizada pela Comissão redatora do Código de Defesa do Consumidor no sentido de imprimir, expressamente, o regime de reciprocidade entre os sistemas da Lei da Ação Civil Pública e do referido Código, justamente em função de se antever reações políticas adversas (vetos e alterações por parte do Poder Executivo), capazes de desfigurar o modelo da tutela coletiva proposto originariamente. VENTURI, op. cit., nota 29. p. 40.

O texto do projeto foi fruto dos trabalhos de uma Comissão Especial instituída pela Portaria nº. 2.481/2008 criada para discutir a modernização da tutela coletiva no Brasil. A Comissão tinha como Presidente o Dr. Rogério Favreto, então secretário da reforma do Poder Judiciário, e como relator dos trabalhos Luis Manoel Gomes Junior, além da presença de outros seletos juristas, dentre os quais, destacamos novamente: Ada Pellegrini Grinover e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (ambos idealizadores dos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo do IBPD-USP e da UERJ/UNESA, respectivamente), bem como Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Ricardo de Barros Leonel, entre outros.<sup>21</sup>

O Projeto nº 5.139/09 previa, com primor, inúmeras inovações que certamente contribuiriam para adequar o processo coletivo nacional aos avanços neoprocessuais, dentre as quais, destaca-se, com entusiasmo, a previsão de uma sólida base principiológica referente aos interesses metaindividuais,<sup>22</sup> corroborando ser esta uma disciplina processual autônoma.

Diante de seu exposto conteúdo valorativo, o Projeto ostentava apenas formalmente a alcunha de legislação especial, haja vista que, em seu aspecto material, continha um conjunto de regras e princípios que extrapolavam os elementos de uma lei comum, galgando ares estratégicos de um verdadeiro Código de Processo Coletivo. O Projeto, dentre suas inúmeras contribuições, previa: *a) a ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública (incluindo previdência e assistência social, trabalho, desporto, segurança pública, transportes coletivos, assistência jurídica integral, serviços públicos etc.); b) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos; c) ampliação da participação da sociedade civil (por meio de audiências públicas) e das partes envolvidas, inclusive no que pertine a destinação dos valores arrecadados em sede de condenações em ações coletivas; d) criação de dois Cadastros Nacionais, sendo um para acompanhamento de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelos legitimados, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça; e) adequação das regras de competência, em sede de danos coletivos que atinjam vários Estados da Federação;*<sup>23</sup> *f)*

---

<sup>21</sup> A comissão especial era composta por Rogério Favreto (presidente), Luiz Manoel Gomes Junior (relator), Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antônio Augusto de Aras, Antônio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sergio Cruz Arenhart.

<sup>22</sup> Artigo 3º, inciso I a IX, Projeto de Lei 5.139/09.

<sup>23</sup> Pondo fim a celeuma que este tema causava na doutrina e jurisprudência.

*aperfeiçoamento dos institutos da conexão, continência e litispendência, readequando-os aos ditames do processo coletivo e atendendo ao princípio da economia processual; g) novo regramento da disciplina do ônus da prova, levando em consideração a proximidade do fato e a capacidade de produzi-la, atendendo ao princípio da efetividade; h) aprimoramento do instituto da coisa julgada coletiva, adequando-o aos recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a mesma ampla, além da competência territorial do órgão julgador (atendendo aos axiomas da economia, celeridade e eficiência); i) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos; j) readequação da execução coletiva aos entendimentos consagrados pela jurisprudência, como a possibilidade de previsão do dano moral coletivo, bem como a inclusão do princípio da preferência da execução coletiva; entre outras inovações.*<sup>24</sup>

No entanto, muito embora estivesse embebido em boas intenções, conforme demonstrado acima, o projeto foi categoricamente rechaçado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, chegando ao absurdo de se noticiar que seu conteúdo era uma afronta à Constituição Federal, e que prestava apenas a aumentar os poderes de promotores e “juízes do interior”, colocando em risco à segurança jurídica deste país. O episódio representou, claramente, a força política do lobby exercido por grandes empresas, conglomerados financeiros, e alguns setores da Administração Pública, entidades curiosamente responsáveis pela maioria das transgressões aos direitos transindividuais.

O professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e promotor de justiça Humberto Dalla Bernardina de Pinho noticiou, com riqueza de detalhes, em seu “*blog*”, os bastidores da rejeição do Projeto 5.139/09, registrando a atuação dos lobbistas:

Em sessão marcada por fortes críticas à atuação do Ministério Público, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou, no início da tarde de hoje (17/03), por maioria (17 votos a 14), o parecer do deputado Antônio Carlos Biscaia ao Projeto de Lei nº 5139/09, que trata da ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[...] Apesar dos esforços empreendidos pelo deputado Antônio Carlos Biscaia, relator do projeto, não foi possível vencer o poderoso lobby que se articulou contra a proposição, levado a efeito por entidades representativas do meio empresarial, além

---

<sup>24</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 5.139/09, enviada em 2009 pelo Ministro da Justiça Tarso Genro ao Presidente da República.

de corporações do setor público contrárias à ampliação dos poderes do Ministério Público proposta no projeto.

Com a rejeição da matéria, a proposição será arquivada, o que é lamentável, pois o texto introduzia importantes aperfeiçoamentos no sistema das ações civis públicas.

**Durante a votação, a sala de sessões da CCJ encontrava-se repleta de pessoas que distribuíam panfletos e incitavam deputados a votar contra o projeto.** O Ministério Público brasileiro, na ocasião, se fazia representar por apenas dois membros: o presidente da ANPR, Antonio Carlos Bigonha, e o presidente da Amperj, Marfan Martins Vieira. **(grifo nosso).**

Como se não bastasse o forte movimento orquestrado contra a nossa Instituição, que a cada dia ganha mais corpo, há ainda uma inexplicável falta de mobilização das lideranças classistas e institucionais, que se ausentam em momentos críticos como o de hoje.<sup>25</sup>

Conforme se depreende da notícia acima transcrita, decadente é o cenário da política nacional em matéria de ética e seriedade na produção legislativa.<sup>26</sup>

De qualquer forma, é através deste espinhoso caminho legislativo e contra esta imensa gama de poderosos que os defensores da evolução da tutela coletiva parecem estar lutando.

Contudo, embora árduo o caminho a ser percorrido, tem-se, com a venia dos estudiosos que pensam o contrário, que é chegado o momento da construção de um Sistema Único de Processo Coletivo, calcado em uma consistente base principiológica, apta a conferir a defesa efetiva dos direitos transindividuais.

Isso porque, em seu atual estágio, o processo coletivo brasileiro se afigura oportuna e convenientemente maduro para que se leve adiante a codificação. Ademais, esta parece ser a melhor saída para adequar o objeto material do processo coletivo ao Estado Democrático de Direito, alinhando-o às garantias constitucionais.

---

<sup>25</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Blog do Professor Humberto Dalla. **Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado na CCJ da Câmara.** Fonte: AMPERJ Notícias. 13 mar. 2010. Disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com/2010/03/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica.html>. Acesso em 21 jan. 2011.

<sup>26</sup> Parafraseando Otto Von Bismark “*se os homens soubessem como são feitas as salsichas e as leis, não comeriam mais salsichas, nem respeitariam mais as leis*”.

Neste passo, a codificação representa não só a chance de estruturação do processo coletivo brasileiro, mas também a de adequar seus institutos sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais.<sup>27</sup> Aliás, esta parece ter sido justamente a vontade de nosso legislador constituinte, quando da inclusão dos direitos coletivos no Título II, Capítulo I, da Constituição Federal de 1988.

Sob este prisma, nada melhor do que a criação de um código de processo coletivo, instituindo o que Gregório Assagra de Almeida convencionou chamar de “direito processual constitucional-social”.<sup>28</sup>

Para tanto, indispensável que conste regrado, no texto da lei codificadora, os principais axiomas atinentes ao processo coletivo, assim como o fez o Projeto de Lei nº 5.139/09, em seu artigo 3º, incisos I a IX. A respeito deste quadrante, eis a lição de Fredie Diddier Junior e Hermes Zaneti Junior:

O valor dos Códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é enunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela estatuídos.

[...] A importância da normatização dos princípios e cláusulas gerais está justamente na flexibilidade, na “*mitezza*” como diria Zagrebelsky, que permite a rápida adaptação do direito às múltiplas realidades sociais sem a necessidade de ruptura dos tecidos jurídicos. Ao contrário do que pode parecer, o direito positivo fica mais robusto com estas normas de tessitura aberta, incentivadoras de modelos de previsibilidade jurídica, do que com os rígidos Códigos-regra, das soluções *prêt-à-porter* que não se importavam em servir ou não para resolver com justiça a questão colocada ao intérprete.<sup>29</sup>

Com efeito, a previsão dos princípios reguladores do processo coletivo pode ser vista como a missão mais importante estabelecida àqueles que pretendem consolidar um código de processo coletivo, aproximando o sistema de tutela coletiva dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

Insta ainda argumentar, favoravelmente à codificação, que o Direito brasileiro vive hoje um momento propício à modernização de seus institutos, principalmente no que tange a elaboração de códigos criativos, abertos e flexíveis, amplamente discutidos

---

<sup>27</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 12ª e. 2002.

<sup>28</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 142.

<sup>29</sup> DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR., op. cit., p. 68.

nas academias, em congressos e simpósios, bem como nas principais instituições representativas da cultura jurídica existentes no país. No ponto, cabe fazer referência as recentes propostas de reforma do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Penal de 1941, ambas em tramitação no Congresso Nacional.<sup>30</sup>

Se ousássemos tecer uma crítica ao Projeto de Lei nº 5.139/09, seria ela direcionada às escassas oportunidades de debates e discussões em torno do Anteprojeto remetido às Casas Legislativas, fato que imobilizou a maioria das entidades de classe não convidadas a participar da elaboração do texto, prejudicando o apoio de órgãos representativos quando da submissão do Projeto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Na linha da lição esposada por Nelson Nery Junior, já transcrita neste trabalho,<sup>31</sup> para que se obtenha sucesso na consagração de um Código de Processo Coletivo, necessário que haja a mobilização de todos os setores com representatividade social, de maneira que se unam esforços no combate à forte pressão exercida por aqueles que não desejam seu aprimoramento.

Nesta toada, precisas são novamente as palavras do professor:

Por isso seria interessante a criação de um Código do Processo Coletivo. Seria uma oportunidade de ali se retratar a principiologia própria, singular do Processo Coletivo. Ali se fixariam os parâmetros, os princípios que deveriam nortear toda a situação do Processo Coletivo. Essa será a grande vantagem de adotarmos, no Brasil, uma lei que institua um Código de Processo Coletivo. Realmente, acho que isso é importantíssimo. Mas, insisto no ponto de que a codificação tem de ser feita de maneira séria. Não se pode fazer um Código por *lobby* de um setor A ou B da sociedade. Código é uma coisa muito séria, tem que ser debatido longamente com a sociedade, com todos os segmentos envolvidos, com as entidades da sociedade civil e também com as entidades científicas. Não se pode pegar um grupo, sentar em um gabinete fechado entre quatro paredes, fazer-se um texto, atravessar a rua no Congresso Nacional de Brasília e fazer *lobby* para aprovar o texto. Assim têm sido feitas as reformas do CPC, por exemplo. Eu somente estarei de acordo com a criação de um Código de Processo Coletivo caso ele seja feito de maneira séria. Com a criação de um Código, no sentido maior da expressão, melhorar-se-á sobremodo a aplicação da lei

---

<sup>30</sup> Reformas do CPC e CPP: Projeto de Lei 166/2010 e Projeto de Lei 156/09, respectivamente.

<sup>31</sup> Vide p. 10.

no país, porque se criará toda uma cultura em volta desse Processo Coletivo.<sup>32</sup>

Afino no mesmo diapasão, conclui Gregório Assagra de Almeida:

O direito processual coletivo brasileiro é uma instituição constitucionalizada de índole política e social e compõe o rol das garantias constitucionais da sociedade brasileira. Trata-se de instrumento constitucional de proteção e efetivação potencializadas da Constituição e de suas garantias fundamentais. Ele tem como princípio primário de fundamentação o próprio princípio democrático (art. 1º, *caput*, da CF/88). Assim, a sua codificação, para legitimar-se socialmente, tem de sair do mero ambiente acadêmico ou do ambiente dos gabinetes dos juízes ou promotores, ampliando-se o debate para a participação efetiva da sociedade civil e de todas as instituições legítimas de defesa social. Somente assim é que será possível a implementação de um sistema coerente com o modelo e o projeto constitucional consagrado na CF/88.<sup>33</sup>

A exposição se encerra com a certeza de que, na atualidade, a codificação do processo coletivo brasileiro não está tão distante quanto parece. O empecilho talvez esteja imbricado à falta de união que paira sobre a comunidade jurídica brasileira, a qual impede a solidificação de um objetivo e ao mesmo tempo favorece a falência de boas propostas, tornando-se presa fácil para a represália organizada. É como diz o ditado: “uma só andorinha não faz verão”. Se o processo é coletivo também o tem de ser o seu esforço reformador, sem o qual continuaremos esbarrando nos contratempos e na falácia da produção legislativa tupiniquim.

### Referências Bibliográficas:

- ALMEIDA, Gregório de Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. São Paulo: Renovar, 7ª e., 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 12ª e., 2002.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

---

<sup>32</sup> NERY JR., op. cit. p. 156.

<sup>33</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 158.

- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 4ª e., 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 16ª e., 1986.
- GOMES JR., Luis Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1ª e., 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LENZA, Pedro. **Teoria geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1ª e., 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 1ª e., 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª e., 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 20ª e., 2007.
- NERY JR., Nelson. **Codificação ou não do Processo Coletivo?** De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, p. 154/155.
- NERY JR., Nelson; GRINOVER, Ada Pellegrini; e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense, 2007.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Blog do Professor Humberto Dalla. **Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado na CCJ da Câmara**. Fonte: AMPERJ Notícias. 13 mar. 2010. Disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com/2010/03/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica.html>. Acesso em 21 jan. 2011.
- SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Método, 1ª e., 2006.
- VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.



## ASTREINTES: SUA DESTINAÇÃO FINAL E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

*Karina Resende Miranda de Souza*

Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

### 1. Introdução

Diante de grande insatisfação por parte dos credores, que muitas vezes tinham seus interesses frustrados devido aos procedimentos que costumavam ser adotados no âmbito processual, iniciou-se uma busca a uma tutela mais ágil e eficiente, que permitisse trazer concretamente uma solução ao litígio e consagrasse o verdadeiro significado do princípio da efetividade, princípio este previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988<sup>1</sup>. Na tentativa de adequar o processo ao direito material<sup>2</sup> e atentando-se para o aludido princípio, o legislador instituiu a chamada tutela específica, junto com a qual foi implementada a astreinte, com o intuito de viabilizar seu efetivo alcance.

As astreintes estão previstas no art. 461, §4º, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, sendo, como já mencionado, um instituto utilizado na tutela específica. Está relacionado às obrigações de fazer e não-fazer, hoje já estendida às obrigações de dar, traduzindo-se na multa diária - também chamada por alguns de multa periódica - que é imposta ao devedor, com o objetivo de coagi-lo a realizar determinada prestação reconhecida como de direito do credor.

Esta multa denominada astreintes não é uma punição, mas um meio de coerção imposto com o intuito de obrigar o devedor a cumprir a decisão proferida pelo juiz. Apesar da preocupação do legislador em prever o emprego das astreintes, ele não se preocupou em regulamentá-las sistematicamente, o que acabou por gerar uma série de discussões e debates sobre alguns pontos da matéria, encontrando-se hoje, no Código de Processo Civil, contornos um pouco mais precisos do que inicialmente.

Atualmente, este valor oriundo da incidência das astreintes é revertido ao autor da ação, sendo razoavelmente pacífico este entendimento na doutrina e na

---

<sup>1</sup> “Art. 5º. *Omissis*. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

<sup>2</sup> CARNEIRO, Leonardo José. Algumas questões sobre as astreintes (multa cominatória), **Revista Dialética de direito processual**, São Paulo, n. 15, p. 95-104, jun. 2004. p. 95.

<sup>3</sup> “Art. 461. *Omissis*. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

jurisprudência. No contexto sócio-político-cultural que nos encontramos atualmente, as astreintes, de certa forma, estimulam o autor a permanecer inerte quando do não-cumprimento da decisão judicial, pois a quantia oriunda da multa que incidirá diante de tal conduta lhe será revertida. Como consequência, tem-se uma demora ainda maior no andamento do processo, uma vez que o maior interessado em seu fim, que deveria ser o autor, não possui mais um interesse tão grande no cumprimento da obrigação, visto que estará lucrando com o não cumprimento da mesma.

As astreintes devem ser apenas e tão somente um meio de coerção para obrigar o devedor a cumprir a decisão judicial. O instituto não deve ser deturpado para gerar lucros ao autor, em detrimento de persuadir o indivíduo a cumprir corretamente a obrigação devida. Porém, caso a matéria receba um tratamento diferente, é possível que a postura do autor se altere e ele passe a manter pleno interesse no cumprimento da obrigação que ensejou o ajuizamento da ação.

Sem o intuito de esgotar o tema, este artigo tem como escopo apresentar a questão do destinatário do montante arrecadado a título da multa pecuniária imposta como medida coercitiva. Demonstrar-se-á, de forma sintética, esta problemática do beneficiário da multa periódica ser o autor da demanda, assim como o enriquecimento sem causa gerado em seu favor.

## **2. As Astreintes**

### **2.1 Definição e natureza das astreintes**

De acordo com Daniel Hertel, “as astreintes constituem verdadeiro meio de execução, que atua como mecanismo de coação ou de coerção. Trata-se de medida de grande eficácia na praxe forense e de suma relevância para a efetividade dos provimentos judiciais.”<sup>4</sup>

A natureza deste instituto é processual e serve como meio de coerção para que o demandado cumpra com a obrigação inadimplida. Embora seja especialmente útil nos casos de obrigações infungíveis, seu uso não pode ser descartado nos casos de obrigações fungíveis, uma vez que o que busca aprioristicamente é o cumprimento da tutela específica, na forma requerida pelo autor da ação.

Enrico Tullio Liebman define a presente multa da seguinte forma:

Chama-se ‘astreinte’ a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do

---

<sup>4</sup> HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 203.

devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.<sup>5</sup>

Ela independe de qualquer dano, afinal seu fundamento é o atraso da realização da prestação, i.e., o não cumprimento da decisão judicial.

Segundo Guilherme Rizzo Amaral, o objetivo é pressionar o réu, por meio de ameaça ao seu patrimônio, para que obedeça e faça cumprir a decisão judicial, valendo-se da multa quando houver descumprimento.<sup>6</sup> Conforme ensina Eduardo Talamini, “as medidas de pressão sobre o vencido não constituem castigo, nem visam à educação do executado. (...) A execução é o terreno em que se buscam, sobretudo, resultados práticos, não a emissão de um juízo ético ou pedagógico.”<sup>7</sup>

Via de regra, as astreintes são fixadas por dia de atraso, porém nada impede que seja utilizada outra medida de tempo. O que se deve ter em mente é a finalidade das astreintes de atuar sobre a vontade do demandado, pressionando-o a realizar a obrigação.

## 2.2 Cabimento da multa:

Atualmente, cabem as astreintes tanto na execução de obrigações de fazer e de não fazer, como também na execução das obrigações de entrega de coisa.

O enunciado do caput do art. 461 do CPC<sup>8</sup> traduz-se em verdadeira diretriz na matéria, motivo pelo qual deve ser aplicado genericamente a qualquer modalidade de execução.<sup>9</sup> O campo de incidência das astreintes é principalmente os casos em que os meios sub-rogatórios não são cabíveis, mas também servem para os casos em que, apesar de cabíveis, não são efetivos. Ainda que em certas hipóteses se priorizem outros meios, e se coloque a astreinte em uma função secundária, o emprego da mesma pode ser útil, dependendo do caso concreto.<sup>10</sup>

Caso não cumpra sua função, de provocar o adimplemento da obrigação prevista no título executivo, e tendo o Estado a possibilidade de atuar por meio de sub-rogação, não há motivo para manutenção da multa, que acabará por se tornar inviável, ilógica e mais gravosa e demorada.

---

<sup>5</sup> Loc. cit.

<sup>6</sup> Loc. cit.

<sup>7</sup> ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229.

<sup>8</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

<sup>9</sup> HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit. p. 211.

<sup>10</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 233.

Não há consenso na doutrina quanto à aplicação da multa somente às hipóteses de prestação de obrigação infungível ou se poderia também ser aplicada às obrigações fungíveis, tendo em vista que o cumprimento destas independe da vontade do devedor. De um lado, parte da doutrina defende que as obrigações fungíveis, por haver a possibilidade de serem cumpridas por um terceiro, não devem se valer deste meio coercitivo, alegando não haver necessidade de persuadir o obrigado; ao passo que outra parte da doutrina já entende que a possibilidade de adoção dos meios sub-rogatórios, admitindo a execução pelo próprio Estado independentemente da vontade do réu, não exclui a execução sob pena de multa, que tem por objetivo convencer o devedor ao cumprimento da obrigação. O fato de a obrigação infungível exigir a imposição de multa, e somente esta ser admitida como meio coercitivo nestas hipóteses, não implica na exclusividade da mesma para com esta espécie de obrigação.<sup>11</sup>

Araken de Assis interpreta os dispositivos no sentido de que nas obrigações infungíveis não há outra saída senão a utilização das astreintes. Porém, no que tange às obrigações fungíveis e à obrigação de entrega de coisa, seu emprego é mera faculdade, podendo-se fazer uso dos meios sub-rogatórios ou da multa.<sup>12</sup>

No entanto, há orientação diversa, defendida inclusive por Vicente Greco Filho, sustentando que, nos casos de obrigações fungíveis, com base no princípio da menor onerosidade possível da execução para o devedor, deve haver a substituição da prática do ato do devedor por terceiro.<sup>13</sup>

O fato de ser possível essa prestação por terceiro não elimina a possibilidade de o autor requerer e o magistrado ordenar ao devedor aquele determinado fazer sob pena de multa. Hoje, cabe mais à escolha, à preferência do autor e à análise das circunstâncias concretas, não estando mais o uso da multa reservado aos casos de obrigações infungíveis. Não sendo a multa medida eficaz para persuadir o devedor a promover a obrigação pretendida, exigir-se-á a prestação de fazer por terceiro.

### **3. O destinatário das astreintes:**

O Código de Processo Civil brasileiro não estabelece taxativamente qual o destino a ser dado ao montante arrecadado por meio das astreintes ou a quem deve ser designado. A doutrina e jurisprudência tratam do tema, apontando o autor da demanda como o beneficiário deste montante e, assim, completando a lacuna deixada por nosso ordenamento jurídico. Apesar de, em primeiro plano, parecer uma questão de simples solução, há muito controvérsia acerca deste ponto.

---

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: volume 3: execução. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

<sup>12</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 624.

<sup>13</sup> HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit. p. 207.

Para resolver as problemáticas advindas do nosso ordenamento jurídico, deve-se ter sempre em mente a justiça, a coerência e os princípios e finalidades estabelecidos em nossa Constituição. Sendo assim, pergunta-se o que será o mais justo, coerente e consonante com o paradigma constitucional: o beneficiário da quantia arrecadada a título da multa pecuniária ser o credor da obrigação; o Estado, conforme apontado por alguns; ou, ainda, um terceiro destinatário?

O destino a ser dado ao montante oriundo da astreinte faz parte do poder discricionário do Estado, sendo, portanto, mais importante haver uma previsão no nosso código processual acerca da matéria, ainda que alvo de críticas, do que a ausência de tal previsão. No direito comparado, encontramos diferentes soluções, porém todas expressamente previstas em suas respectivas legislações.

Os dois sistemas de maior peso, que acabaram por influenciar grande parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros no que toca à multa coercitiva, são o francês e o alemão, dos quais trataremos a seguir.

### **3.1 O direito comparado:**

#### **3.1.1 O direito francês**

A multa prevista na legislação francesa, chamada de astreinte, originou-se da própria jurisprudência francesa, como uma verdadeira deformação do conceito de perdas e danos. Tem caráter genérico e pode ser imposta a qualquer espécie de prestação.

No direito francês, o destino do montante arrecadado com a aplicação da medida coercitiva é o credor da obrigação - tal aspecto da astreinte é denominado pela doutrina francesa de caráter patrimonial da astreinte - e é um dos pontos mais controvertidos e criticados da matéria.<sup>14</sup>

Uma das maiores críticas é no que tange a incoerência desta destinação em relação a função que possui a astreinte, qual seja, a de salvaguardar a autoridade das decisões judiciais. A doutrina se pergunta como poderia o instituto socorrer verdadeiramente ao Estado e o beneficiário da quantia paga a título da multa ser o credor da obrigação? O argumento é reforçado pelo fato de a multa ser independente do ressarcimento do prejuízo gerado pela não realização da obrigação, podendo então ser cumulada com as perdas e danos.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 123.

O mestre francês Roger Perrot critica a previsão do ordenamento francês:

Sem negligenciar os interesses perfeitamente respeitáveis dos credores, não é um sacrilégio acrescentar que esse sistema é satisfatório apenas na aparência. (...) Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a astreinte se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!<sup>16</sup>

Na ocasião de trabalhos preparatórios de lei a ser editada em 1991, foi editado dispositivo prevendo que parte da astreinte poderia ser revertida ao fundo nacional de ação social, sendo esta previsão, em um primeiro momento, rejeitada, mas passando a vigor mais tarde no ordenamento francês.<sup>17</sup> Note-se, porém, que esta previsão não retirou do ordenamento francês a característica de ter como principal beneficiário da astreinte o credor.

Neste ponto, a doutrina francesa se manifesta no sentido da injustiça causada por tal previsão e da diminuição da eficácia da astreinte resultante da mesma. Isto porque os tribunais tendem a reduzir o valor da multa, pois crêem que esta gera um enriquecimento excessivo ao credor ao ser fixada em elevados valores e ainda cumulada com as perdas e danos. Todavia, ainda que coerente, tal conduta dos magistrados acaba por interferir na eficácia intimidativa da multa coercitiva.<sup>18</sup>

### 3.1.2 O direito alemão

O direito alemão prevê a possibilidade de aplicação de duas medidas coercitivas (Zwangsstrafen), quais sejam a pena pecuniária (Zwangsgeld) e a prisão do devedor (Zwangshoft). A primeira delas, que é a que nos interessa, consiste em uma multa de incidência diária, em razão do descumprimento de obrigação de fazer ou violação à obrigação de não fazer, que aumenta de modo indefinido enquanto persistir a

---

<sup>16</sup> PERROT, Roger. “L’astreinte – Ses aspects nouveaux”, *Gazette du Palais*, 1991, p. 808, *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

<sup>17</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.* p. 123/124.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 124.

inadimplência do devedor. Ressalta-se, porém, que a legislação germânica fixa um teto, teto este que o valor total da pena pecuniária não pode ultrapassar.<sup>19</sup>

A Zwangsstrafen, prevista no sistema alemão como forma de reprimir a violação à autoridade do Estado, incide apenas naquelas obrigações que não podem ser prestadas por um terceiro, excluindo as obrigações fungíveis e até mesmo determinadas obrigações infungíveis.<sup>20</sup>

Na Alemanha, o titular deste montante arrecadado a título de multa coercitiva é o Estado, o que a faz ser uma medida de caráter público. Mais uma vez se tem a total independência desta multa em relação à indenização paga a título de danos oriundos do inadimplemento ou atraso no cumprimento da obrigação.

O caráter destas medidas não é ressarcitório ou punitivo, mas eminentemente coercitivo, o que é comprovado pela destinação do seu produto ao Estado e pela vinculação de sua incidência ao inadimplemento por parte do devedor.

Marcelo Lima Guerra enfatiza que

Na realidade, a regra de que as quantias apuradas com o pagamento de Zwangsgeld sejam revertidas em favor do Estado, nada mais faz que ressaltar, com a maior coerência possível, o unanimemente reconhecido caráter público do interesse protegido com as medidas coercitivas, a saber: a proteção à dignidade da justiça e à sua correta e efetiva administração. O mais certo, sendo essa a fundamentação principal para legitimar os juízes a disporem (e os legisladores a autorizarem) de medidas coercitivas, na execução forçada, é que esses fundos realmente revertam ao Estado.<sup>21</sup>

O fundamento é bastante coerente. A função precípua da Zwangsgeld é proteger o interesse público e, além disso, quando impossibilitado de obter seu direito na forma específica, o credor tem direito apenas e tão somente a compensação dos danos sofridos em sua integralidade e nada mais.

### 3.1.3 Outros países

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 143.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 211.

<sup>21</sup> Ibid. p. 145.

No intuito de promover uma ampla perspectiva acerca do tema, cabe-nos mencionar, sucintamente, a previsão de alguns outros países sobre o destinatário da multa coercitiva.

A Itália adotou a mesma linha de pensamento francesa, prevendo em sua legislação a multa como medida coercitiva e a sua reversão em benefício do credor. A doutrina italiana, a exemplo de Danti, se insurgiu a respeito, criticando a previsão. Os países signatários da Convenção Benelux de lei uniforme sobre a astreinte, quais sejam Bélgica, Holanda e Luxemburgo, também têm previsto como destinatário da multa o próprio autor.<sup>22</sup>

O direito argentino, por sua vez, regula a matéria de forma semelhante ao ordenamento brasileiro, destinando toda a quantia exclusivamente ao credor, que é prejudicado pela inadimplência do devedor. Na Argentina, a multa pecuniária só é imposta quando não houver outro meio processual de obter a prestação. Pode quedar-se sem efeito ou ser objeto de reajuste, se o réu decide por adimplir a obrigação e justifica seu procedimento.<sup>23</sup>

No direito norte-americano, o beneficiário do crédito não está definido previamente<sup>24</sup>, pois os poderes concedidos pelo ordenamento norte-americano aos magistrados permitem que alterem a função da multa imposta conforme o desenrolar do caso concreto, sendo definido somente ao final se se está tratando de multa punitiva, que reverterá ao Estado, ou de multa compensatória, caso em que será revertida ao autor.<sup>25</sup>

Na Áustria, o beneficiado é o Estado<sup>26</sup>, tendo o direito chileno a mesma previsão<sup>27</sup>.

O direito português surgiu com uma solução dentre as duas opções apresentadas. De acordo com o ordenamento jurídico deste país, a multa diária, chamada de sanção pecuniária compulsória, é destinada metade ao credor e metade ao Estado.<sup>28</sup>

### 3.2 O direito brasileiro:

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 213.

<sup>23</sup> Ibid. p. 216.

<sup>24</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 245.

<sup>25</sup> RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 145.

<sup>26</sup> Loc. cit.

<sup>27</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 246.

<sup>28</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 124.

O Código de Processo Civil silencia a respeito da titularidade do crédito pecuniário resultante da aplicação da multa como medida coercitiva. Infelizmente, a reforma processual nada acrescentou aos dispositivos quanto a este ponto.

A doutrina dominante<sup>29</sup> e a jurisprudência nacional vêm pacificamente entendendo no sentido da reversão da multa em benefício do autor da demanda, podendo ele ser o próprio Estado. Entretanto, há parte da doutrina, estando dentre seus defensores Marcelo Lima Guerra, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que entende que o valor das astreintes deve ser destinado ao Estado.

De acordo com Araken de Assis, embora seja a autoridade judiciária que reste comprometida com a resistência do executado, o texto legal nada dispõe acerca da matéria, e a orientação majoritária no sentido de atribuir a multa ao exeqüente está em harmonia com nosso ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Ressalta-se, conforme registrado por Marcelo Lima Guerra, que o entendimento de que o beneficiário do montante arrecadado a título de multa pecuniária é o autor da demanda tem sido aceito sem qualquer questionamento, como se o legislador não houvesse se omitido acerca da matéria, deixando uma lacuna no CPC. De acordo com o supramencionado autor, é possível que a falta de insurgência decorra do fato de muitos se pautarem na legislação francesa, haja vista ter sido a astreinte trazida da França e esta dar ao instituto um caráter privado, revertendo o crédito da multa em prol do credor da execução e não do Estado.<sup>31</sup>

Eduardo Talamini é um dos autores que adota este raciocínio e supõe que tal destinação se dá por influência do direito francês e do projeto Cernelutti de reforma do processo civil italiano, além dos próprios antecedentes luso-brasileiros, a exemplo de pena prevista nas Ordenações Filipinas e no Código de 1939.<sup>32</sup> Este autor aponta que é possível se compreender mais facilmente a destinação ao credor que ocorre no direito brasileiro dentro de um sistema como o do direito francês, que tem as astreintes desenvolvidas a partir do instituto da indenização; diferentemente do que ocorre com o direito alemão ou anglo-saxão, que dão à multa uma feição de instrumento executivo, sem qualquer relação com a indenização, o que faz com que seja mais natural encaminhar tal montante ao Estado ou a um fundo público.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Neste sentido, entendem Misael Montenegro Filho, Alexandre Câmara, Vicente Greco Filho e Asdrúbal Franco Nascimbeni.

<sup>30</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 621.

<sup>31</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 205.

<sup>32</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 263/264.

<sup>33</sup> Ibid. p. 264.

Porém, conforme apontado por Marcelo Lima Guerra, esta posição, no sentido de aceitar a destinação do produto da multa ao autor com base na tradição e legislação francesa, deixa de apreciar uma série de peculiaridades acerca do tema. Primeiramente, diferente do Brasil, onde se tem verdadeira omissão quanto ao destino a ser dado às astreintes, a legislação francesa prevê expressamente que o montante relativo a este instituto é devido ao credor.<sup>34</sup>

Em segundo lugar, os próprios juristas franceses criticam esta previsão legal, aduzindo que, por ser um instituto independente e passível de cumulação com as perdas e danos, a entrega do montante ao credor caracteriza, minimamente, um enriquecimento injusto, senão, possivelmente, um enriquecimento ilícito ou sem causa.<sup>35</sup> Os juristas franceses Pierre Hébraud e Pierre Raynaud argumentam que “é ilógico enriquecer o patrimônio de um particular em detrimento de sua vontade e em razão de um fim que lhe é estranho e exprime um interesse público”.<sup>36</sup>

É por este motivo, para evitar eventual enriquecimento, que tendem os juízes franceses a reduzir significativamente o valor fixado como multa, na hora de sua liquidação. Todavia, conforme apontado por Marcelo Lima Guerra, tal conduta diminui de forma considerável a eficácia da astreinte e enfraquece o instituto, o que já foi também registrado pela doutrina francesa.<sup>37</sup> No entanto, no entendimento de Eduardo Talamini, apesar desta crítica da doutrina francesa, a deficiência não jaz no instituto, mas no fato de aqueles que são competentes para aplicá-la não perceberem sua verdadeira legitimidade e função.<sup>38</sup>

É bem verdade que este quadro não está fora da nossa própria realidade. São inúmeros os julgados que chegam ao Superior Tribunal de Justiça alegando o enriquecimento sem causa da parte adversa, em razão do valor fixado a título de multa pecuniária. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, estando o valor fixado a título de astreinte dissonante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve o STJ reduzir o mesmo, no intuito de evitar o enriquecimento indevido.<sup>39</sup>

Com efeito, tal postura do referido Tribunal Superior se coaduna com o princípio do direito obrigacional que veda o enriquecimento sem causa, entretanto, inegável que a finalidade da multa pecuniária resta maculada.

---

<sup>34</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 206.

<sup>35</sup> Loc. cit.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 222.

<sup>37</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 206.

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 265.

<sup>39</sup> AgRg no REsp 1041518/DF; AgRg no REsp 1143766/SP; AgRg no Ag 1133970; AgRg no Ag 1311941/SP.

Além disso, a doutrina francesa, ao se insurgir contra o enriquecimento ilícito do autor, conseguiu que fosse estabelecida a previsão de que parte da soma arrecadada poderá ser atribuída aos “fonds d’équipement”.<sup>40</sup> O jurista Roger Perrot destaca que mesmo no sistema francês não é sempre que a multa é revertida em favor do autor da demanda, autorizando o art. 36 da Lei nº 91.650, de 9/7/1997, que o montante seja destinado a instituições de caridade.<sup>41</sup> Nada disso é levado em conta quando se traz a aplicação dada a astreinte francesa pelo ordenamento jurídico francês para basear a aplicação da multa coercitiva do nosso sistema.

Na falta de disposições acerca da matéria, o direito brasileiro vai ao direito francês buscar as soluções e acaba por desvirtuar a função e tipicidade da medida coercitiva. Como bem apontado por Sérgio Cruz Arenhart, adotar tal solução é um grande equívoco, pois não existe nenhuma regra hermenêutica que aponte para a aplicação subsidiária do direito francês nos casos em que houver lacuna no direito brasileiro. Tal caminho não possui nenhuma razão adequada e acaba por gerar distorções na harmonia do nosso ordenamento jurídico.<sup>42</sup>

Apesar da contundente crítica, é possível visualizar certa conexão entre os dois ordenamentos jurídicos. Tendo em vista que a astreinte brasileira foi inspirada na astreinte francesa, plenamente lógico seria recorrer ao ordenamento francês para buscar soluções a lacunas existentes no ordenamento brasileiro acerca da matéria. Em contrapartida, é bem verdade que não se pode isolar determinado instituto do resto das previsões constitucionais e legais de determinado ordenamento jurídico e pretender aplicá-lo em outro sem levar em consideração toda a sistemática e todos os princípios em que este outro ordenamento se fundamenta.

Ademais, a figura da astreinte encontrada no direito brasileiro não pode ser confundida com o instituto da astreinte francês ou com o *Zwangsgeld* alemão.

Por um lado, a multa do direito alemão é considerada uma punição pelo desrespeito à ordem estatal, sendo portanto revertida a favor do Estado, e cabe somente em hipóteses taxativas previstas na legislação alemã, enquanto por outro, a multa do direito francês tem caráter genérico, cabendo em qualquer espécie de prestação e em toda circunstância, além de ser destinada ao credor por ser originária de uma deformação do conceito de perdas e danos. Como não podia ser diferente, o direito brasileiro criou um híbrido desses dois sistemas, possuindo suas próprias características:

---

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 213.

<sup>41</sup> PERROT, Roger. La Coercizione per dissuasione nel diritto francese, in **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, p. 666, jul./set., 1996, *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 246.

<sup>42</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 351. (coleção temas atuais de direito processual civil, v. 6).

a astreinte brasileira não possui caráter indenizatório e, ao mesmo tempo, é uma medida de caráter genérico aplicada a qualquer espécie de prestação.<sup>43</sup>

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, a solução a ser adotada deveria ser a mesma do sistema alemão, no qual o produto da arrecadação é destinado ao Estado, pois não existe qualquer fundamento para a adoção do sistema híbrido.<sup>44</sup>

Carlyle Pop também busca fundamentar com base na legislação estrangeira o fato de ser o credor o beneficiário do produto da multa, porém ele recorre ao direito argentino, registrando que nosso ordenamento jurídico seguiu esta legislação, que prevê a destinação ao prejudicado pelo descumprimento.<sup>45</sup>

A conclusão de que o beneficiário do valor arrecadado a título da multa é o credor não tem qualquer substrato legal, a não ser o direito comparado. Mais uma vez, Sérgio Cruz Arenhart critica a aplicação cega da experiência estrangeira sem que haja qualquer análise das vicissitudes do instituto concebido em nosso ordenamento nacional.<sup>46</sup>

Existem, porém, outros argumentos utilizados pela doutrina para justificar certa destinação do crédito oriundo da astreinte.

Daniel Hertel entende que o beneficiário é o credor, fundamentando-se na redação do art. 461, §2º, do CPC<sup>47</sup>.<sup>48</sup> O autor destaca que o maior prejudicado pela demora em ser realizada a prestação é o próprio credor, o que justificaria, de forma justa, a reversão da multa em seu proveito<sup>49</sup>. Carreira Alvim segue o mesmo raciocínio, entendendo que é o autor merecedor desta quantia arrecadada a título de astreinte por ser ele o maior prejudicado pelo descumprimento da decisão.<sup>50</sup>

Sérgio Cruz Arenhart, porém, aponta dois equívocos neste fundamento. Primeiramente, o maior prejudicado não seria o autor, como alegado, mas sim o próprio Estado, haja vista tratar-se de afronta à sua autoridade. Em segundo lugar, por não estar a multa vinculada de qualquer forma ao valor da prestação devida e por haver previsão acerca da possibilidade de cumulação da multa com as perdas e danos por eventuais

---

<sup>43</sup> Loc. cit.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 222.

<sup>45</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 103.

<sup>46</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 352.

<sup>47</sup> “Art. 461 *Omissis*. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).”

<sup>48</sup> HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit. p. 208.

<sup>49</sup> Ibid. p. 209. No mesmo sentido, ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 215.

<sup>50</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 103.

prejuízos sofridos, resta demonstrado que o papel da multa coercitiva, de fato, não é reparar os danos gerados.<sup>51</sup>

Leonardo Greco também registra que não há correspondência entre a multa cominada e o real prejuízo gerado ao credor pelo não cumprimento da prestação, sendo a sua cobrança, inclusive, independente da existência de qualquer dano. O autor sustenta que a multa em questão é cominatória e não reparatória, sendo fixada em valor elevado, exatamente na tentativa de coagir o devedor a adimplir a obrigação. A incidência da multa se dá simplesmente pelo não cumprimento da prestação no prazo determinado pelo magistrado.<sup>52</sup>

Nos dizeres do ilustre Marinoni,

a multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um plus indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.<sup>53</sup>

Também a favor da aplicação atualmente dada pelo direito brasileiro, em acolhimento ao estabelecido no direito francês, Marcelo Lima Guerra propõe outro fundamento, fazendo uma analogia da astreinte à multa do art. 601 do CPC<sup>54</sup>, que trata da sanção para aquele que comete ato atentatório à dignidade da justiça. O aludido autor, inicialmente, menciona que as multas possuem funções distintas: a) a multa periódica possui função coercitiva, sendo medida acessória da tutela executiva e; b) a multa do art. 601 tem função punitiva.<sup>55</sup> No entanto, Marcelo Lima Guerra destaca, em seguida, que ambas possuem um ponto em comum a justificar a aplicação analógica, qual seja, a ausência de relação entre o crédito gerado por elas e o direito material tutelado no processo. Assim, apesar de não existir qualquer fundamento lógico-jurídico a justificar o direito do credor sobre esta importância, foi esta a previsão do legislador quanto ao ato atentatório à dignidade da justiça, sendo ele o beneficiário de tal montante arrecadado com fulcro no art. 601 do CPC. Por tal motivo, deve a mesma solução ser adotada para a multa diária, sendo esta atualmente a solução menos problemática.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 243.

<sup>52</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 502/503.

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 222.

<sup>54</sup> “Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.”

<sup>55</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 209.

<sup>56</sup> Ibid. p. 210.

O mestre Sérgio Cruz Arenhart ressalta que a analogia é um método que só pode ser utilizado quando se tratar de conjunturas semelhantes, o que como apontado pelo próprio Marcelo Guerra, não ocorre na situação apresentada, pois enquanto uma multa possui função coercitiva, a outra possui função punitiva. O ilustre autor apresenta ainda curiosa indagação acerca deste argumento: se o art. 14, parágrafo único do CPC<sup>57</sup>, prevê aplicação de multa a ato atentatório ao exercício da jurisdição e, com isso, tem caráter punitivo e é destinada ao Estado, por que motivo dever-se-ia aplicar analogicamente o regime previsto no art. 601 do CPC e não o art. 14, parágrafo único, do mesmo diploma legal?<sup>58</sup>

Sugere ainda, o brilhante professor Arenhart, que, sem haver qualquer determinação legal acerca do beneficiário deste montante, a única analogia passível de ser realizada seria com base no regime adotado para os processos coletivos. Nestes, a quantia arrecadada a título de astreintes é destinada a um fundo, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85<sup>59</sup> e art. 2º, I, do Decreto 1.306/94<sup>60</sup>. Desta forma, deveria o produto da multa coercitiva fixada nas ações individuais ser revertido ao patrimônio público em vez de beneficiar ao autor<sup>61</sup>.

Vicente de Paula Ataíde Jr. utiliza-se da analogia entre a astreinte e o mencionado art. 14, parágrafo único, do CPC, para fundamentar a destinação do produto da multa aos cofres públicos, ressaltando ainda que, prevalecendo a tese contrária, estaremos destinados à uma verdadeira indústria de astreintes, com um estímulo à corrupção e ao descumprimento de decisões judiciais.<sup>62</sup>

No entanto, há diferenças entre os dispositivos que obstaculizam esta aplicação analógica. José Miguel Garcia Medina nos lembra que, além do já mencionado caráter punitivo da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, que assim se difere da astreinte, cujo caráter é coercitivo, no primeiro caso a multa é fixada pelo juiz após o descumprimento da decisão judicial, enquanto que na hipótese do art. 461 essa fixação se dá em momento anterior a qualquer conduta do devedor, exatamente para compeli-lo

---

<sup>57</sup> “Art. 14. *Omissis*. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

<sup>58</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 242.

<sup>59</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

<sup>60</sup> “Art. 2º Constitue recursos do FDD, o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;”

<sup>61</sup> Ibid. p. 242/243.

<sup>62</sup> Ibid. p. 248.

a cumprir a decisão judicial.<sup>63</sup> Segundo Dinamarco, as astreintes “miram o futuro, querendo promover a efetividade dos direitos e não o passado em que alguém haja cometido alguma infração merecedora de repulsa”.<sup>64</sup>

Além disso, a multa relativa ao ato atentatório ao exercício de jurisdição está restrita à vinte por cento do valor da causa, o que não ocorre com a multa periódica utilizada para o cumprimento da tutela específica.<sup>65</sup>

E em que pese a válida tentativa de se justificar a destinação do montante arrecadado aos cofres públicos, José Rogério Cruz e Tucci traz-nos uma contundente crítica em relação à destinação ao Estado do montante adquirido a título da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, que também pode ser trazida ao âmbito das astreintes. Enquanto, de um lado, os particulares ou pessoas físicas/jurídicas comuns se verão diante da cobrança de uma pesada multa e de uma eventual ação de execução fiscal, o Poder Público quedar-se-á tranqüilo e sem preocupações quanto a eventual fixação de multa do referido dispositivo, já que por ser destinatário da mesma, ela será quase sempre inexigível devido a forçosa e inevitável confusão, definida no art. 381, do Código Civil<sup>66 67</sup>.

Há ainda quem defenda a titularidade de tais valores ao credor baseando-se na disposição do art. 35 do CPC<sup>68</sup>, que prevê que as sanções impostas às partes em consequência da má-fé serão revertidas em benefício da parte contrária. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, este entendimento não se sustenta, tendo em vista que o caráter da astreinte é coercitivo, visando convencer o réu à prática de conduta determinada judicialmente, e não punitivo, como uma sanção à litigância de má-fé. Não se trata aqui

---

<sup>63</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, leg. e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 53, n. 337, p. 21-35, nov., 2005. p. 33.

<sup>64</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: execução forçada. v. IV. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 471, *apud* PEREIRA, Mateus Costa. A multa coercitiva e o risco de sua ineficiência. Revista Dialética de direito processual, São Paulo, nº 99, p. 72-89, jun., 2011. p. 82.

<sup>65</sup> PEREIRA, Mateus Costa. A multa coercitiva e o risco de sua ineficiência. Revista Dialética de direito processual, São Paulo, nº 99, p. 72-89, jun., 2011. p. 82.

<sup>66</sup> “Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

<sup>67</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do CPC. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, leg. e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 50, n. 292, p. 15-27, fev., 2002. p. 25.

<sup>68</sup> “Art. 35. As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado.”

de litigância de má-fé, como resta previsto pelo art. 17 do CPC<sup>69</sup>, mas de ato de desobediência civil<sup>70 71</sup>.

Sérgio Cruz Arenhart se insurge contra esta solução adotada no direito brasileiro no sentido de destinar o montante ao autor da demanda. Primeiramente, fundamenta sua crítica na legalidade dos atos públicos, haja vista o processo fazer parte do direito público e ser necessária uma autorização legal para realização de qualquer ato. Como já foi referido anteriormente, nosso ordenamento jurídico em momento algum autoriza a destinação do dinheiro arrecadado a título da multa coercitiva ao credor. Um segundo argumento suscitado pelo autor é no que toca ao enriquecimento sem causa gerado ao credor por essa atribuição, haja vista estar aumentando seu patrimônio sem que exista qualquer razão para tanto.<sup>72</sup> Na visão do aludido autor<sup>73</sup>, o titular do montante arrecadado deve ser o Estado, da mesma forma que se verifica no sistema alemão, haja vista a causa de sua incidência ser exatamente o desrespeito à sua autoridade.<sup>74</sup>

No entanto, é possível encontrar aqueles que digam que a ausência de previsão legal acerca da destinação do produto da multa coercitiva indicaria uma verdadeira vedação a ter como beneficiário dessa quantia o Estado. Ademais, eles defendem que a redação do art. 461, §2º, do CPC estaria implicitamente apontando para que o destinatário fosse a parte autora, ao prever a possibilidade de cumulação da multa com as perdas e danos.<sup>75</sup>

Todavia, como bem apontado por Sérgio Cruz Arenhart, não há nada no dispositivo que demonstre estar a previsão versando sobre a destinação do produto da multa em questão, tendo como objetivo apenas destacar que esta não tem caráter

---

<sup>69</sup> “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

<sup>70</sup> Esta conclusão não se altera com a segunda etapa da reforma do CPC, que incluiu no rol do mencionado dispositivo o descumprimento de ordens judiciais, pois a multa do art. 84 do CDC e art. 461 do CPC incidem independentemente desta previsão, mantendo suas particularidades. [ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 375. (coleção temas atuais de de direito processual civil, v. 6)]

<sup>71</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 375. (coleção temas atuais de de direito processual civil, v. 6)

<sup>72</sup> Ibid. p. 374/375.

<sup>73</sup> O autor comenta que, não fosse a inviabilidade prática, tecnicamente esta multa não deveria se submeter ao processo de execução, mas ser aplicada diretamente pelo juiz. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 375. (coleção temas atuais de de direito processual civil, v. 6).

<sup>74</sup> Ibid. p. 375.

<sup>75</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 241. No mesmo sentido, entende Daniel Hertel.

indenizatório. Somente ressalta o enunciado que eventuais valores devidos a título de danos não substituem a multa coercitiva, podendo haver a cumulação dos mesmos.<sup>76</sup>

Luiz Guilherme Marinoni também assinala neste sentido, explicando que o que implica o §2º é que a multa será devida ainda que porventura sejam também devidas as perdas e danos. Marinoni discorda do entendimento de alguns autores de que a ausência de menção à cobrança da multa pelo Estado levaria à conclusão de que a multa é devida ao autor<sup>77</sup>, esclarecendo o i. processualista que, embora a multa mediatamente proteja o interesse e direito do autor, seu fim imediato é o de resguardar a decisão judicial e a autoridade do Estado. É esse o instrumento que o Estado tem para exercer seu poder e mostrar que sua decisão não é mera sugestão ou recomendação, devendo ser obedecida.<sup>78</sup>

Aqui, deve-se destacar que se tem apontado como uma das críticas à posição seguida atualmente o fato de existir uma incoerência entre a finalidade das medidas coercitivas, dentre as quais está a astreinte, – que é a de resguardar a dignidade da justiça e sua efetiva administração – e o fato de ser a quantia resultante da aplicação de tais medidas revertida ao credor e não ao Estado.

Carreira Alvim defende a destinação ao autor da demanda argumentando que, tendo em vista que a execução contra a Fazenda Pública é realizada conforme as regras dos arts. 730 e 731 do CPC<sup>79</sup>, não caberia a execução da multa contra o Estado<sup>80</sup>, pois ele seria o próprio credor. Mas quanto a estes que defendem que a eventual sujeição do próprio Estado ao pagamento da multa seria um argumento favorável à destinação do montante ao autor, cabendo aqui não apenas o argumento de Carreira Alvim apontado acima como também a já mencionada crítica quando do fundamento da destinação aos cofres públicos previsto no art. 14, parágrafo único, do CPC, Luiz Guilherme Marinoni se insurge contra estes argumentos e registra que a criação de fundo para o qual a multa seria encaminhada resolveria o problema.<sup>81</sup> É o que ocorre no direito francês, onde o Conseil d'État pode cominar a astreinte à pessoas jurídicas de direito público e

---

<sup>76</sup> Ibid. p. 243.

<sup>77</sup> Neste sentido Sérgio Bermudes e J. E. Carreira Alvim. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 221.

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 222.

<sup>79</sup> “Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.” e “Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.”

<sup>80</sup> RODRIGUES NETTO, Nelson. Op. cit. p. 144.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 223.

estabelecer que parte de seu montante seja atribuído aos chamados “au fonds d’équipement des collectivités locales”<sup>82 83</sup>.

Barbosa Moreira já criticou a postura adotada no Brasil, considerando-a irrazoável, haja vista o objetivo da astreinte ser assegurar a eficácia prática da condenação e não ressarcir o credor pelos danos sofridos. Para o aludido autor, o destinatário deveria ser os cofres públicos.<sup>84</sup> Lopes da Costa defendia no mesmo sentido, pregando a adoção da sistemática alemã diante da omissão do legislador brasileiro, na qual o beneficiário é o Estado.<sup>85</sup>

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a finalidade da multa é algo que se deve ter em mente. Esta visa persuadir o devedor a cumprir a decisão, motivo pelo qual é o Estado o verdadeiro beneficiário do emprego da multa e não o autor. O dano sofrido por este deve ser ressarcido, porém por via própria – as perdas e danos –, inexistindo motivo para se admitir que o valor da multa devida pela inobservância de decisão judicial seja a ele destinado.<sup>86</sup> Para estes autores, não há qualquer dúvida, em termos lógico jurídicos, de que a multa deve ser revertida ao Estado, mormente por estar completamente dissociada da indenização pelos danos sofridos<sup>87</sup>.

Conforme aponta Marcelo Lima Guerra, a multa diária é medida de caráter processual, que visa persuadir o devedor, por meio de pressão psicológica, a realizar a prestação devida, não tendo ligação direta com o direito substancial tutelado<sup>88</sup>.

Todavia, divergindo do objetivo da multa apontado pelo autores supracitados, existem autores, como José Miguel Garcia Medina, que entendem que a finalidade das medidas coercitivas não seria resguardar a ordem judicial, mas o direito material que compõe o objeto do processo. Sérgio Cruz Arenhart aponta, porém, para o fato de que,

---

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: volume 3: execução. 2.ed. rev. e atual. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Nota de rodapé n.8. p. 75.

<sup>83</sup> O autor ressalta que no direito italiano, apesar de não aprovado, já houve a tentativa de se estabelecer norma similar, prevendo a possibilidade de destinação do produto das astreintes à instituições públicas ou privadas. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. volume 3: execução. 2.ed. rev. e atual. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Nota de rodapé n.8. p. 75.)

<sup>84</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil brasileiro*: uma apresentação. Temas de direito processual (quinta série). p. 14 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207.

<sup>85</sup> LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. vol. IV. p. 207 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Nota de rodapé 117. p. 208

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 74/75.

<sup>87</sup> Apesar de primarem por este entendimento, admitem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que o direito brasileiro, diante da redação dada ao art. 461 do CPC, adota a tese de que a multa é devida ao autor. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: volume 3: execução. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 75.)

<sup>88</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 207.

por mais sedutora que a tese possa parecer, ela suprime a importância da ordem judicial, ignorando a função da autoridade estatal e sua merecida proteção. Olvida-se esta tese de que são as medidas coercitivas as responsáveis pela tutela desta autoridade estatal.<sup>89</sup> O autor ainda indaga como seria possível que o juiz da causa aumentasse ou reduzisse o valor da multa coercitiva conforme o caso concreto, sendo pacífica a doutrina e a jurisprudência quanto a essa possibilidade, se esta fosse vinculada à obrigação que protege. Logicamente, tal atuação do magistrado somente é admitida por haver uma separação entre o amparo do direito material e a proteção da autoridade estatal.<sup>90</sup>

De acordo com Arenhart, “vê-se, portanto, que, embora indiretamente se preste a multa coercitiva à proteção dos direitos materiais (em geral), tem ela por finalidade específica a proteção da autoridade do Estado, evitando que alguém possa menosprezá-la ou desconsiderá-la (contempt of court).”<sup>91</sup>

Nelson Rodrigues Netto é outro autor a assinalar que, apesar dos argumentos a favor do destinatário da astreinte ser o autor da demanda, deve-se sopesar a natureza jurídica e a finalidade do instituto, que visa alcançar a satisfação do credor, assim como salvaguardar o respeito e prestígio da atividade jurisdicional do Estado.<sup>92</sup> O autor menciona a sistemática dos meios coercitivos do direito americano, que podem ter duas funções: punitiva, que reverterá em favor do Estado; e compensatória que, logicamente, será revertida ao autor. Porém, o mesmo ressalta que os poderes concedidos aos juízes no ordenamento norte-americano é muito mais amplo do que os do Brasil, e lhes permite alterar a função da multa aplicada, transformando-a de uma para a outra conforme o desenrolar do caso concreto.<sup>93</sup> Segundo o entendimento do autor, destinar o valor da multa ao demandante não traduz a decisão mais equânime.<sup>94</sup>

Leonardo Greco entende que a solução mais adequada seria a do direito português, pois dividindo-se o montante arrecadado entre a parte autora e o Estado, atende-se, ao mesmo tempo, ao interesse individual e ao social.<sup>95</sup>

No direito alemão, conforme já mencionado anteriormente, as quantias oriundas das medidas coercitivas são destinadas integralmente ao Estado, pois a *ratio* da multa é a defesa da autoridade do Estado-Juiz e tem caráter nitidamente público.

Segundo Marcelo Lima Guerra, é a sistemática que se mostra mais coerente com a finalidade a que são atribuídas tais medidas. Contudo, o aludido autor alerta que,

---

<sup>89</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008, p. 244.

<sup>90</sup> Loc. cit.

<sup>91</sup> Loc. cit.

<sup>92</sup> RODRIGUES NETTO, Nelson. Op. cit. p. 145.

<sup>93</sup> Loc. cit.

<sup>94</sup> Ibid. p. 147.

<sup>95</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 504.

embora a sistemática mais coerente, tal disposição não estaria livre de problemas. Não sendo o credor o beneficiário da multa, não possuiria a legitimidade *ad causam* para sua execução e sim o Estado. A sua legitimidade extraordinária somente seria gozada em caso de haver expressa determinação legal neste sentido<sup>96</sup>. Dessa forma, mais uma vez a eficácia coercitiva da astreinte estaria comprometida, a depender de órgão público abarrotado de trabalho para executá-la. No entanto, ele ressalta que há de se reconhecer que previsões diversas também são legítimas, tal como ocorre no direito francês, uma vez que o destino a ser dado a tais quantias está dentro da esfera de discricionariedade do Estado.<sup>97</sup>

Marcelo Lima Guerra preconiza por uma urgente manifestação do legislador para resolver o problema, entendendo recomendável a adoção da sistemática germânica ou portuguesa, desde que havendo expressa previsão da legitimidade extraordinária do exequente, para que possa promover a cobrança executiva daquelas quantias.

Na visão de Eduardo Talamini, o fato de o autor da demanda ser o beneficiário da multa contribui para a eficiência desta e de sua função coercitiva, pois sabendo o demandado que o não cumprimento da decisão resultará efetivamente na execução do saldo arrecadado por parte do credor, que terá interesse concreto em sua instauração e execução, a pressão psicológica que sofrerá será muito maior e, neste caso, a atribuição de legitimidade extraordinária ao autor para que execute a multa, caso esta fosse destinada ao Estado, não bastaria. Além disso, poderia o crédito da multa ser utilizado para eventual composição com a parte adversa, abrindo mão o autor, total ou parcialmente, deste montante em troca do cumprimento da obrigação – o que não poderia ocorrer no caso de haver outra destinação para este montante da multa, a menos não sem haver intensa discussão acerca da matéria.<sup>98</sup>

Todavia, Sérgio Cruz Arenhart rebate tal entendimento de que seria necessário previsão de legitimidade extraordinária para o exequente, apontando que não deveria sequer haver execução da multa coercitiva, sobretudo por iniciativa do demandante. O autor entende que a multa deveria depender única e exclusivamente do magistrado, sem qualquer necessidade da iniciativa da parte autora ou do Estado, devendo o juiz adotar de ofício as providências que entender cabíveis e necessárias para que a multa seja efetivada, assim como ocorre com todas as outras técnicas coercitivas.<sup>99</sup> Nesta linha,

---

<sup>96</sup> Lopes da Costa, ao defender a destinação da quantia oriunda da multa coercitiva aos cofres públicos, já propugnava pela mesma atribuição de legitimidade ao credor da execução para a cobrança executiva das quantias. (LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. vol. IV. p. 207 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 208, nota de rodapé 118.)

<sup>97</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit. p. 207/208.

<sup>98</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 264/265.

<sup>99</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 254.

“atuará o magistrado aí como verdadeiro representante do Estado, mostrando que o descumprimento a uma ordem legítima não pode ser tolerado”.<sup>100</sup>

Diante de tal quadro, com diversas soluções apresentadas pelo direito comparado, pode-se concluir que é no mínimo absurda a lacuna deixada pelo legislador brasileiro. A titularidade das quantias arrecadadas com a aplicação de medidas coercitivas exige expressa disposição legal, podendo ser adotada soluções dadas em outros países ou até mesmo uma nova solução.

### 3.2.1 Jurisprudência

A jurisprudência do STJ é no sentido de que o beneficiário do produto da multa é o autor da ação. Vê-se que tal solução é fundamentada na interpretação dada ao enunciado do art. 461, §2º, do CPC, que estaria a indicar que o destinatário da quantia arrecadada a título da multa coercitiva deve ser o mesmo das perdas e danos.<sup>101</sup> O máximo que se consegue encontrar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é o entendimento no sentido da limitação ao valor da multa, justificado exatamente pelo fato de que a pena pecuniária prevista no CPC com o objetivo de coagir o demandado a realizar a tutela específica pode acabar servindo de justificativa para o enriquecimento sem causa, que é repugnado pelo nosso direito.<sup>102</sup>

No entanto, é possível encontrar na jurisprudência pátria entendimento distinto, que acolhe a tese de que a multa deve ser revertida ao Estado. O TRF-4ª Região já decidiu acerca da matéria, entendendo que o pagamento deste montante em questão ao autor desvirtua o instituto, por objetivar este dar maior efetividade à decisão judicial e não ao ressarcimento de prejuízos.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Ibid. p. 254/255.

<sup>101</sup> Ibid. p. 247.

<sup>102</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATORIA. EXECUÇÃO. PENA PECUNIARIA. CPC, ARTS. 287, 644/645. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. LIMITAÇÃO. CC, ARTS. 92

E 924. HERMENEUTICA. RECURSO INACOLHIDO. I - O OBJETIVO BUSCADO PELO LEGISLADOR, AO PREVER A PENA PECUNIARIA NO ART. 644, CPC, FOI COAGIR O DEVEDOR A CUMPRIR A OBRIGAÇÃO ESPECIFICA. TAL COAÇÃO, NO ENTANTO, SEM EMBARGO DE EQUIPARAR-SE AS "ASTREINTES" DO DIREITO FRANCES, NÃO PODE SERVIR DE JUSTIFICATIVA PARA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, QUE AO DIREITO REPUGNA. II - E DA INDOLE DO SISTEMA PROCESSUAL QUE, INVIABILIZADA A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA, RESPONDENDO O DEVEDOR POR PERDAS E DANOS RAZÃO PELA QUAL APLICAVEIS OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM OS ARTS. 920 E 924 DO CODIGO CIVIL. III - A LEI, QUE DEVE SER ENTENDIDA EM TERMOS HABEIS E INTELIGENTES, DEVE IGUALMENTE MERECER DO JULGADOR INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E FUNDADA NA LÓGICA DO RAZOAVEL, PENA DE PRESTIGIAR-SE, EM ALGUNS CASOS, O ABSURDO JURÍDICO. REsp 13.416-0/RJ. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Diário da Justiça de 13 de abril de 1992. Vide também: AgRg no REsp 1041518/DF; AgRg no REsp 1143766/SP; AgRg no Ag 1133970; AgRg no Ag 1311941/SP.

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASTREINTES. LEGITIMIDADE ATIVA. A multa prevista no art. 461 do CPC é

É justamente desta relação entre o enriquecimento sem causa e as astreintes que passamos a tratar.

### 3.3 O enriquecimento sem causa e as astreintes:

A grande crítica à fixação do autor da demanda (credor) como beneficiário é o enriquecimento sem causa que acaba por lhe ser gerado. Isto porque, segundo a parte da doutrina que assim entende, a finalidade da multa pecuniária é principalmente impor respeito à decisão judicial proferida, por meio de uma ameaça ao patrimônio do devedor, na tentativa de constrangê-lo a cumprir com a obrigação prevista na decisão. Assim, não haveria causa jurídica a justificar a destinação destes valores ao credor, pois o prejuízo causado pelo inadimplemento – que é a causa indicada por alguns autores para que haja essa reversão dos valores – deve ser ressarcido por meio das perdas e danos e indenização, além dos próprios juros moratórios, não sendo as astreintes próprias a tal finalidade.

O enriquecimento sem causa pode ter duas naturezas jurídicas, quais sejam, a de fonte obrigacional e a principiológica. Por estarmos tratando no presente trabalho acerca das astreintes, no intuito de promover um debate a respeito da destinação a ser dada à quantia arrecadada com base em tal instituto, nos interessa aqui o enriquecimento sem causa como um princípio do nosso ordenamento jurídico, que visa vedar tal tipo de acontecimento.

Há vários tipos de princípios integrantes do nosso ordenamento jurídico: alguns informam o ordenamento em sua totalidade, outros possuem uma aplicação mais restrita e há ainda aqueles que são utilizados para interpretar determinadas normas, dentre tantos outros.<sup>104</sup> O enriquecimento sem causa pode ser utilizado como um princípio informador do direito obrigacional, e não apenas como uma fonte de obrigações. Assim, não necessariamente há de ter uma relação com a ação de enriquecimento, podendo ser aproveitado como um critério de justiça e razoabilidade em determinado caso concreto.

Entende-se que a regra do art. 884 do Código Civil<sup>105</sup>, que prevê o enriquecimento sem causa, é verdadeira cláusula geral que, por isso, possui amplo

---

destinada à União por constituir mecanismo coercitivo de garantia à prestação jurisdicional, desprovido de natureza indenizatória, o que se dá mediante a conversão em perdas e danos. Sucumbência mantida, fixada na esteira dos precedentes da Turma. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida. Apelação nº 2004.70.00.014004-8/PR. Relator: Juiz Fernando Quadros da Silva. 3ª turma. Diário da Justiça da União de 25 de outubro de 2006. *Apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva* – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 247.

<sup>104</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção professor Agostinho Alvim). p. 195.

<sup>105</sup> “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

espaço de aplicação. Seus limites são impostos pelas leis e regras jurídicas específicas de cada situação. O ilustre professor Giovanni Ettore Nanni ainda expõe que se trata de um princípio estrutural, imprescindível à unidade axiológica do sistema, e que informa todo o direito obrigacional e possibilita o zelo dos relevantes valores assim sopesados pelo ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a aplicação da justiça ao caso concreto.<sup>106</sup>

Os pressupostos necessários para caracterização do enriquecimento sem causa são: o enriquecimento, o empobrecimento (ou o enriquecimento “à custa de outrem”), o nexos de causalidade, a ausência de justa causa e a subsidiariedade da ação de enriquecimento. Deve-se apenas excluir da presente análise o pressuposto referente à subsidiariedade da ação, haja vista estarmos tratando aqui do enriquecimento sem causa como princípio. Cabe-nos agora aplicar tais pressupostos às hipóteses em que as astreintes são cominadas.

O enriquecimento e o empobrecimento das partes, assim como o nexos de causalidade entre eles, são pressupostos que conseguem ser mais facilmente constatados na relação jurídica existente em uma demanda na qual incidem as astreintes, senão vejamos.

Imagine-se uma situação na qual João contrata José para elaborar um website de venda de camisetas, por meio do qual irá alienar parte dos produtos de sua loja aos internautas, trabalho este que deve ser realizado em determinado prazo por determinado valor. Tendo havido o descumprimento do contrato, João recorre ao Judiciário para que, comprovado seu direito, seja José condenado a cumprir o contrato e terminar o referido website. O magistrado, buscando dar a João a tutela específica, condena José a cumprir com o que houvera sido contratado no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de incidência de multa no valor de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia de atraso. José cumpre a obrigação ao qual fora condenado, porém o faz no prazo de 30 (trinta) dias, excedendo em 15 (quinze) dias o prazo que lhe fora dado e, por isso, havendo de pagar o montante equivalente a R\$3.750,00 (três mil, setecentos e cinquenta reais) a título de multa pecuniária. Tal quantia é, diante do atual entendimento, revertida em favor do credor, ou seja, no caso apresentado, João receberia, além de eventual ressarcimento pelo prejuízo gerado, a quantia arrecadada a título das astreintes.

Diante de tal situação, pode-se constatar, primeiramente, o enriquecimento do autor da demanda (João). O enriquecimento se traduz no acréscimo patrimonial obtido por um indivíduo e João, tendo sido o beneficiado pelo valor arrecadado a título da medida coercitiva, teve um aumento de seu patrimônio, caracterizando o primeiro pressuposto. Em segundo lugar, constata-se o empobrecimento do demandado (José),

---

<sup>106</sup> Ibid. p. 201.

que, sendo a outra parte da relação jurídica, sofreu uma diminuição patrimonial ao ter que entregar determinada quantia a outrem.

Por fim, no que toca ao nexo de causalidade, implica em dizer que o enriquecimento e o empobrecimento foram consequência de um mesmo fato. Não é difícil visualizar que a astreinte é aqui a causa em comum, i.e., é a causa que provoca o empobrecimento por parte do devedor e o enriquecimento por parte do credor, haja vista ser ela que gera essa “transferência patrimonial”.

O grande problema surge com o preenchimento do quarto e último pressuposto, qual seja a ausência de justa causa. Esta implica em dizer que inexistente causa justificativa para a atribuição patrimonial que ocorreu. É com base nesta que cumpre indagar se a vantagem obtida por uma das partes o foi feito por uma razão justa, lícita e legítima. Não havendo motivo para o acréscimo patrimonial gerado, resta caracterizado o enriquecimento sem causa, que é vedado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve ser combatido pelos juízes.

Apesar da matéria não ser muito debatida, a discussão trazida por alguns acerca do tema é justamente quanto a existência ou não de eventual causa que justifique essa destinação do valor arrecadado a título da medida coercitiva ao credor. Para alguns, parece não haver qualquer razão para tanto, sendo principalmente ressaltada a finalidade e função do instituto, enquanto que, para outros, a justificativa se encontra no descumprimento da obrigação, nos prejuízos causados ao credor pelo inadimplemento e na aplicação dada no direito comparado.

Daniel Hertel, por exemplo, entende que o beneficiário é o credor, apontando que a reversão da multa em seu proveito seria justa, além de justificada pelo fato de ser o autor da demanda o maior prejudicado pela demora em ser realizada a prestação<sup>107</sup>.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni, juntamente com Sérgio Cruz Arenhart, entende que ressarcir pelo equivalente significa responder por um dano por meio de pecúnia e tal conduta não possui qualquer relação com a multa em questão, pois esta não tem como objetivo dar algo ao lesado para compensar o dano, i.e., não possui qualquer cunho indenizatório.<sup>108</sup> Ainda quando a multa pecuniária não produz os efeitos desejados sobre o demandado, insistindo este em não cumprir a obrigação, caso em que passa a incidir e a ser devida, atuando como uma sanção pecuniária, tal fato não implica em dizer que a astreinte pode servir para indenizar o prejuízo gerado.<sup>109</sup> Na verdade, a multa não tem qualquer relação com o dano, sendo devida independentemente da

---

<sup>107</sup> HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit. p. 209.

<sup>108</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: volume 3: execução. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 74.

<sup>109</sup> Loc. cit.

indenização. Por vezes, pode ser que esta última sequer seja devida, por não ter ocorrido ainda nenhuma lesão, como nos casos de tutela inibitória.

Marcos Bittencourt Fowler argumenta que, apesar de ser o credor o maior prejudicado pela demora do devedor em obedecer à decisão proferida e cumprir com a obrigação, a pena pecuniária é empregada no intuito de dar efetividade à decisão judicial, o que acaba por implicar em enriquecimento sem causa do beneficiário, ao se destinar a quantia arrecadada ao exequente. Conforme apontado pelo referido autor, a possibilidade de cumulação das perdas e danos, quando requerida a conversão da obrigação, e do montante arrecadado a título de multa pode resultar em somas exorbitantes, as quais nada fez por merecer o credor, haja vista a simples mora no cumprimento da obrigação não justificar este benefício.<sup>110</sup>

Luiz Guilherme Marinoni chama de “efeito perverso da multa” a situação na qual o réu, ao não cumprir a decisão judicial que lhe ordena realizar determinada prestação em certo prazo, acaba por gerar um acúmulo de valor da multa, que, muitas vezes, se torna superior ao da obrigação inadimplida ou do dano gerado. Segundo o autor, a cumulação da multa pecuniária com o ressarcimento devido à título dos danos gerados faz surgir um enriquecimento sem causa do autor e uma dívida sem conexão com o motivo que primeiramente deu causa à sua instituição.<sup>111</sup>

A astreinte não se confunde com o ressarcimento que deve ser pago a título dos prejuízos gerados em razão do inadimplemento. Ainda que se pretenda a realização da prestação, qualquer dano causado ao credor deverá ser reparado pelo devedor, conforme previsto no art. 395 do Código Civil de 2002<sup>112</sup>, porém não será a multa coercitiva de que estamos tratando que irá fazê-lo. Ela não tem função de indenizar o credor pela mora.

Conforme destacado por Sérgio Cruz Arenhart, as funções, pressupostos e regime dos diversos institutos da multa coercitiva, da indenização pelos prejuízos gerados pela demora no adimplemento, da correção monetária e dos juros moratórios são completamente distintos e, por isso, não se misturam.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re)reforma do art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In.: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDDIER, Fred (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 202.

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 82.

<sup>112</sup> “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

<sup>113</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 353. (coleção temas atuais de de direito processual civil, v. 6)

Ao apontar como causa a demora pelo adimplemento da prestação, está se imputando ao credor montante referente não apenas aos juros moratórios e ao ressarcimento pelos prejuízos que lhe foram causados, como também uma quantia que fora imposta com o objetivo de compelir o devedor a adimplir com a obrigação o mais rápido possível, sob pena de arcar com mais um gasto por não cumprir com a decisão judicial.

Araken de Assis defende que, ainda que eventualmente o valor da multa assuma quantia vultosa e expressiva e seja destinada ao credor, não há, em rigor, enriquecimento sem causa, pois a causa consiste na emissão do pronunciamento judicial e no descumprimento de ordem imputável ao devedor. O autor ainda critica a conduta do Superior Tribunal de Justiça de reduzir os valores da multa que entende elevada, com base no princípio da razoabilidade, alegando que pouco razoável é o estímulo que se dá, implicitamente, à conduta de não respeitar a cominação da astreinte.<sup>114</sup>

E aqui, cabe a discussão acerca da finalidade da multa cominatória. A decisão que está sendo descumprida foi emitida pelo Poder Judiciário, não havendo nexos em atribuir a quantia ao credor por pronunciamento sobre o qual não tem qualquer influência.

Sérgio Cruz Arenhart se insurge contra esta solução adotada no direito brasileiro e apresenta como um dos fundamentos de sua crítica a questão do enriquecimento sem causa gerado ao credor por essa atribuição, haja vista estar aumentando seu patrimônio sem que exista qualquer razão para tanto. Segundo o autor, este montante é arrecadado devido ao descumprimento de ordem judiciária, causa que não possui qualquer relação com o demandante, motivo pelo qual destinar-lhe esta quantia é dar-lhe crédito desvinculado de qualquer causa.<sup>115</sup>

Como já reforçado algumas vezes, a astreinte visa compelir o devedor a praticar certa conduta, ameaçando seu patrimônio em caso de descumprimento da ordem judicial dada.<sup>116</sup> Seu objetivo primordial é dar efetividade à decisão do Estado, dotada de soberania, e não proteger o interesse do demandante.<sup>117</sup>

Sérgio Cruz Arenhart aponta que a multa não decorre do “inadimplemento da prestação no prazo adequado, mas do descumprimento da ordem judicial no momento oferecido”<sup>118</sup>.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 628/629.

<sup>115</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 374/375.

<sup>116</sup> Ibid. p. 353.

<sup>117</sup> Ibid. p. 370.

<sup>118</sup> Ibid. p. 354.

<sup>119</sup> O autor ressalta que, neste sentido, a multa brasileira tem semelhanças com a Zwangsgeld e com o contempt of court norte-americano, traduzindo-se este em um mecanismo de coerção que visa preservar

É oportuno ainda retomar exposição realizada em momento prévio, pois plenamente cabível aqui o argumento utilizado por Roger Perrot ao criticar a previsão do direito francês, confira-se:

(...) se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a astreinte se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!<sup>120</sup>

Apesar da quase unanimidade da doutrina e jurisprudência quanto a adoção desta solução de destinar o produto da astreinte ao credor, os autores e magistrados não indicam o fundamento que sustenta essa conclusão. Conclui-se, então, que este entendimento surge por se basearem em experiência anterior do direito brasileiro e considerarem a astreinte como única e exclusivamente inspirada na astreinte francesa, que, como já visto, destina o montante arrecadado o autor da demanda.<sup>121</sup>

Sérgio Cruz Arenhart afirma sem hesitar que “talvez aqui resida o maior equívoco, sedimentado em doutrina e em jurisprudência, em relação à multa coercitiva. Em verdade, a importância da multa não pode nem deve ser atribuída ao requerente da demanda, mesmo porque nenhum fundamento legal existe para tanto.”<sup>122</sup>

De acordo com Marinoni, esta cumulação que ocorre entre a indenização e a multa vem preocupando a própria doutrina francesa. André Tunc, jurista francês, ressalta que deve-se ter em mente que ao mesmo tempo em que há legitimidade em apenas o devedor que não satisfaz o direito reconhecido do credor, vai de encontro aos princípios o fato de que o demandante possa obter um montante maior do que aquele que compense o prejuízo que sofreu. No mesmo sentido, Jean Carbonnier alega que se a astreinte visa asseverar a efetividade das decisões judiciais, seria coerente e racional que essa quantia fosse revertida para o Estado.<sup>123</sup>

---

a autoridade judiciária. [ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 370. (coleção temas atuais de de direito processual civil, v. 6)]

<sup>120</sup> PERROT, Roger. L’astreinte – Ses aspects nouveaux. *Gazette du Palais*, 1991, p. 808 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

<sup>121</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 374.

<sup>122</sup> *Loc. cit.*

<sup>123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: volume 3: execução*. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

A inspiração no direito estrangeiro e a historicidade do instituto, como já demonstrado no tópico anterior, não são suficientes para garantir a legitimidade e razoabilidade desta solução.

Leonardo Greco nos lembra que, em outros sistemas, como o alemão, o produto da arrecadação da astreinte reverte em favor do Estado, exatamente no intuito de não gerar um locupletamento econômico do credor em detrimento do devedor, mas aponta que isso acaba por esvaziar o interesse do credor na efetivação da multa pecuniária, o que reduz a força intimidativa da mesma.<sup>124</sup>

De acordo com Eduardo Talamini, quando se tratar de obrigação infungível, não há sequer que se conjecturar acerca de eventual enriquecimento sem causa ou figura similar, pois, por ser infungível, não há qualquer parâmetro que sirva para pautar um ganho injustificado do autor. Ao passo que, tratando-se de obrigação fungível ou de obrigação infungível que possua uma equivalência monetária integral e precisa, o autor, ao receber a quantia arrecadada a título de multa, estaria recebendo um ganho sem causa, porém não invalidando os fatos que: a) é a própria conduta livre e espontânea do réu de não cumprir a decisão judicial que resulta na incidência da multa e na cumulação dos valores; b) um limite à fixação do valor da multa como o do próprio valor da obrigação retiraria a sua força intimidatória; c) também restaria prejudicada a eficácia do instituto em caso da destinação ser feita ao Estado ou a fundo público.<sup>125</sup>

Entende, então, o mestre Eduardo Talamini que o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico de destinação do montante ao autor da demanda é constitucional, porém sugere para as hipóteses de obrigações fungíveis ou infungíveis que sejam passíveis de se calcular precisamente seus valores econômicos, que fossem o autor e o Estado os beneficiários da quantia arrecadada, sendo destinado a este a parcela que excedesse a equivalência pecuniária da obrigação.<sup>126</sup>

Marcelo Abelha aduz que a multa coercitiva tem natureza processual e não deve ser utilizada de forma a desvirtuar sua finalidade, sendo inaceitável que sirva ao enriquecimento ilícito e sem causa do credor às custas do devedor.<sup>127</sup>

Destinar o produto das astreintes ao credor é, em nosso entendimento, promover seu enriquecimento sem causa. Conforme bem ressaltado por Sérgio Cruz Arenhart, “com efeito, entregar ao autor esse dinheiro é aumentar seu patrimônio, sem qualquer

---

<sup>124</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 504/505.

<sup>125</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 266.

<sup>126</sup> Ibid. p. 267.

<sup>127</sup> ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 37.

motivo legítimo que o autorize a tanto. O autor ganha dinheiro porque o ordenado desobedeceu a uma ordem judicial!”<sup>128</sup>

Conforme já mencionado em tópico anterior, o STJ vem reconhecendo o enriquecimento sem causa gerado ao autor da demanda, mas não com base na simples reversão da quantia oriunda da astreinte ao mesmo e sim quando tal valor é exorbitante e astronômico. Segundo o entendimento deste Tribunal Superior, deve o valor fixado a título de astreinte estar em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabendo a redução de tais valores em caso de violação destes.

No julgamento do REsp 1.022.033/RJ, em 23.11.2009, a Min. Nancy Andrichi proferiu voto em sentido diverso, entendendo que não deveria o montante acumulado da multa ser simplesmente reduzido sem uma análise completa das circunstâncias, confira-se:

O valor justo da multa, portanto, é aquele capaz de dobrar a parte renitente, sujeitando-a aos termos da lei, justo aí residindo o grande mérito da multa diária, pois que ela se acumula até que o devedor se convença da necessidade de obedecer à ordem judicial. - A multa perdurou enquanto foi necessário; se o valor final é alto, ainda mais elevada era a resistência da recorrente a cumprir o devido. A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo - agora que a prestação finalmente foi cumprida - procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor.<sup>129</sup>

Em 2010, porém, a Ministra volta a prestigiar o princípio que veda o enriquecimento sem causa, decidindo pura e simplesmente que o valor fixado a título de astreinte deve se encontrar consonante com os referidos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

---

<sup>128</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008. p. 244/245.

<sup>129</sup> No mesmo sentido, o julgamento do REsp 1.135.824, de 14.03.2011, entendendo a Terceira Turma do STJ que a redução da multa diária dependeria de outra circunstância que não a simples resistência da parte em cumprir a ordem judicial, pois a análise deve se dar exatamente sobre as condições no momento de incidência da multa e no grau de resistência do devedor, que é comportamento, acima de tudo, desarrazoado.

José Henrique Moura Araújo defende que para que se decida pela redução do valor da multa deve-se verificar de quem foi a responsabilidade do aumento astronômico da mesma: no caso da culpa ser do juiz ou do autor, será plenamente razoável diminuir a astreinte, porém, quando se constatar que o verdadeiro culpado foi o próprio demandado, a redução será verdadeiro desprestígio à ordem judicial. No entendimento deste autor, a diminuição da multa sem levar em consideração estas circunstâncias implicaria em um estímulo ao descumprimento da obrigação e agiria como verdadeira premiação àquele que descumpriu a decisão do Poder Judiciário.<sup>130</sup>

No mesmo sentido, preconiza Fernando de Sá, entendendo que a razoabilidade deve ser aferida no momento em que a multa é fixada e não quando da execução da mesma, quando normalmente costumam se assustar os magistrados diante da enormidade do valor alcançado, mesmo porque o conceito de multa – que significa pena pecuniária - difere-se do de montante da multa – que traz a ideia de soma daquela multa aplicada a determinado período de tempo. Assim, em seu entendimento, pode haver alteração da multa que virá a incidir, no futuro, mas o montante já alcançado permanecerá intacto, posto que a legislação permite que se modifique a multa e não o seu montante.<sup>131</sup>

O enriquecimento sem causa resta caracterizado quando um sujeito obtém vantagem patrimonial à custa de outrem, na ausência de qualquer previsão legal ou negócio jurídico. A doutrina tem defendido, e a jurisprudência confirmado, essa destinação de crédito ao autor da demanda sem nenhuma base jurídica e meramente por o réu ter desafiado a autoridade estatal.<sup>132</sup>

Como aduzido por Sérgio Cruz Arenhart, “o enriquecimento em questão é sem causa porque todo o dano que autor sofre com a demora no cumprimento da prestação (protegida pela ordem judicial) será devidamente reparado por meio de perdas e danos, como expressamente prevê o art. 461, §2º, do CPC”.<sup>133</sup>

Conclui Sérgio Cruz Arenhart que diante das principais problemáticas apontadas acerca da matéria, a melhor solução é a de que o produto da multa seja destinado ao Estado.<sup>134</sup>

### 3.4 O Projeto de Lei 8046/2010:

---

<sup>130</sup> ARAÚJO, José Henrique Moura. A multa do art. 461 do CPC e sua modificação: um tema com variações. **Revista Dialética de direito processual**, São Paulo, nº 97, p. 92-97, abr., 2011. p. 96/97.

<sup>131</sup> SÁ, Fernando. Considerações sobre a multa cominatória na jurisprudência francesa e brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 36, nº 192, p. 169-190, fev., 2011. p. 188.

<sup>132</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 245.

<sup>133</sup> Loc. cit.

<sup>134</sup> Ibid. p. 244.

Diante do tema trazido à debate, mister destacar o Projeto de Lei 8046/2010, que trata da reforma do Código de Processo Civil, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

Tendo em vista que o Projeto de Lei ainda está sob análise no Congresso Nacional, não se pode ainda afirmar com absoluta certeza de que esta será a redação que entrará em vigor. Por este motivo, nos ateremos apenas a mencionar eventuais mudanças que poderão ser trazidas pelas novas regras.

É o art. 522, situado no capítulo VI, denominado “Da sentença condenatória de fazer, não fazer ou entregar coisa”, encontrado na seção I, chamada de “Do cumprimento da sentença condenatória de fazer e de não fazer”, do Projeto de Lei que irá dispor acerca dos limites e contornos da astreinte brasileira.

Não havendo alteração no aludido projeto de lei, será o §5º do art. 522 do novo Código de Processo Civil que disporá acerca do destinatário das astreintes, estabelecendo que o exequente receberá o valor da multa até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se encontrar em trâmite o processo ou à União, caso em que será inscrito como dívida ativa.

Em casos de obrigações que não se possa calcular precisamente seu valor econômico, segundo o §6º do referido dispositivo, caberá ao juiz estabelecer o montante devido ao autor, sendo o excedente destinado à unidade da Federação ou à União.

Por fim, estabelece o §7º que nos casos em que for o executado a Fazenda Pública, o montante que exceder o valor da obrigação principal será destinado a entidade pública ou privada, com finalidade social.

Ainda que não concordemos com todas as previsões feitas no Projeto de Lei 8046/2010, deve-se reconhecer o avanço promovido pelo legislador, que trouxe ao Código de Processo Civil menção expressa acerca do beneficiário da astreinte, antes inexistente.

Por fim, cumpre-nos colacionar a redação dada ao art. 522, na íntegra, confira-se:

Art. 522. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de admissão contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

§2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou.

§3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§5º O valor da multa será devido ao exeqüente até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do §5º no que diz respeito à parte excedente.

§7º Quando o executado for a Fazenda Pública, a parcela excedente ao valor da obrigação principal a que se refere o §5º, será destinada a entidade pública ou privada, com finalidade social.<sup>135</sup>

#### 4. Conclusão:

Conforme exposto ao longo do presente artigo, a astreinte, também denominada de multa coercitiva ou multa periódica, é um instituto utilizado com o objetivo de constranger e persuadir o devedor a cumprir o pronunciamento judicial e realizar a obrigação ali prevista. Este é seu único fim.

A par das inúmeras discussões que podem ser trazidas acerca do instituto - pois apesar de previsto expressamente no art. 461 do nosso Código de Processo Civil em vigor, o legislador pecou em deixar muitas lacunas a seu respeito -, o tema que aqui nos interessa é o relativo ao destinatário da quantia arrecadada a título da multa coercitiva.

---

<sup>135</sup> BRASIL. Projeto de Lei 8046/2010, de 22 de dezembro de 2010.

Embora muitos pensem que sim, a questão não é pacífica na doutrina. Enquanto de um lado autores defendem que o produto da multa seja revertido em benefício do autor da demanda<sup>136</sup>, do outro, outros autores, tão renomados quanto os primeiros entendem que esse valor deve ser destinado ao Estado<sup>137</sup>. É possível ainda encontrar um entendimento intermediário, como o de Leonardo Greco, que crê ser mais adequada a divisão da quantia entre o credor e o Estado.

Os argumentos são rebatidos um a um, mas o que se destaca é o relativo ao enriquecimento sem causa gerado ao credor quando destinatário das astreintes. Não é inteligível que uma medida possa ser imposta no intuito de resguardar a autoridade estatal e acabar, como consequência, por beneficiar uma das partes do processo. Ainda que mediatamente se proteja o direito e o interesse do credor, tem-se como fim imediato a proteção da soberania da decisão judicial.

A alegação de que o credor sofreu tamanho prejuízo com a demora do adimplemento da obrigação ou, ainda, pelo inadimplemento da mesma, não justifica a reversão dos valores à seu favor. A função da multa é eminentemente coercitiva e nada tem que ver com o valor da prestação inadimplida ou com as perdas e danos.

Concordamos integralmente com a advertência feita por Hugo Alsina, *in verbis*:

As medidas cominatórias (e, em particular, a multa) resultam de um atraso no cumprimento, não da obrigação, mas do mandado do juiz, pelo que provém de uma falta atribuída não tanto ao devedor, senão ao réu. Destina-se, pois, a funcionar como um castigo por uma desobediência e não a reparar um prejuízo, fundado no pressuposto de que a parte (credora) tem um direito e interesse legítimo em obter o cumprimento daquilo que foi ordenado pelo juiz, ainda quando esse interesse não seja expresso em dinheiro.<sup>138</sup>

O credor só possui direito a receber a prestação que efetivamente contratou ou, em caso de seu não cumprimento, seu equivalente pecuniário, onde estará incluído o ressarcimento pelo prejuízo causado. Não há direito do credor a receber qualquer montante em dinheiro por motivo de inadimplemento do devedor, com exceção da quantia análoga às mencionadas perdas e danos.

---

<sup>136</sup> Neste sentido: Misael Montenegro Filho, Alexandre Câmara, Carreira Alvim, Vicente Greco Filho, Carlyle Pop, Eduardo Talamini, Daniel Roberto Hertel e Asdrúbal Franco Nascimbeni, dentre outros.

<sup>137</sup> Neste sentido: Marcelo Lima Guerra, Vicente de Paula Ataíde Júnior, Barbosa Moreira, Lopes da Costa, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

<sup>138</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 96.

Os ilustres Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também se filiam a esta corrente, destacando que o fato de se acrescentar ao patrimônio do autor da demanda um montante que ultrapassa o valor da obrigação que não fora cumprida e do prejuízo sofrido por ele implica, inevitavelmente, em enriquecimento sem causa do mesmo, confira-se:

Realmente, o lesado tem direito a obter o valor em dinheiro equivalente ao da obrigação ou do dano, e nunca um valor que, além de equivaler à prestação inadimplida ou ao dano, acrescente algo mais ao seu patrimônio. Este ‘algo mais’, por ser desprovido de fundamento, somente pode significar enriquecimento sem causa.<sup>139</sup>

O Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais pátrios têm reconhecido o enriquecimento sem causa gerado em determinadas situações. Como já mencionado em tópico próprio, os aludidos Tribunais têm entendido que o valor fixado a título de multa, dissonante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, gera o enriquecimento sem causa da parte adversa, devendo haver a redução desse valor. No entanto, apesar da existência desta espécie de freio para este enriquecimento sem causa, a conduta do STJ está em consonância com o entendimento doutrinário dominante, entendendo que a destinação do produto da arrecadação das astreintes deve ser ao próprio autor da demanda, apenas limitando o valor cumulado da multa imposta.

Um pouco desarrazoado, do nosso ponto de vista, tal entendimento, pois beneficia o autor, protegendo-lhe o enriquecimento sem causa que lhe é gerado, ainda que em menor grau, e ao mesmo tempo prejudica a função coercitiva das astreintes, liberando o devedor de pagar o montante ao qual ele mesmo deu causa.

Além de toda a problemática do enriquecimento sem causa gerado por essa destinação criada pela doutrina e pela jurisprudência e que pode vir a ser uma nova regra no novo Código de Processo Civil, é límpida a ausência de eficácia do instituto, ainda que por vezes útil nos dias de hoje.

O magistrado, diante do caso concreto, opta por cominar a astreinte objetivando fazer com que o réu reflita sobre a situação e conclua que é mais vantajoso cumprir a obrigação determinada na decisão judicial do que sofrer o ônus da coerção que lhe é imposta. No entanto, o instituto tem sido desvirtuado.

Deparamo-nos aqui com dois problemas, ambos “faces da mesma moeda”. Por um lado, já tendo conhecimento de que são os beneficiários do produto da arrecadação

---

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: volume 3: execução. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83.

da astreinte, os exequêntes aproveitam-se da recalcitrância do executado e permitem que a multa se acumule no tempo, em valores elevados, em vez de informar ao juiz, de plano, acerca da inércia do demandado e da aplicação infrutífera da multa. Nesses casos, mais do que nunca se tem caracterizada uma situação de enriquecimento sem causa.

Marcelo Abelha entende que, para evitar esta prática que tem ocorrido com muita frequência, em que se percebe o sacrifício exagerado do executado, o enriquecimento ilegítimo do autor e a violação ao princípio da razoabilidade, deve o magistrado extinguir ou revogar a multa, devendo ainda o sujeito ser condenado por má fé processual por tal conduta reprovável.<sup>140</sup>

É de se lembrar, porém, que eventualmente a situação não restará tão clara. Além disso, por vezes, o autor da demanda não estará de má-fé e a própria morosidade processual pode ser culpada pela cumulação excessiva da multa cominatória.

Outrossim, esta recomendação nos leva ao segundo problema. Conforme já mencionado, já é de praxe que ocorra a redução da multa que acaba por alcançar elevados valores, ainda que não ocorrido por culpa do próprio autor, sob o argumento de este estar se enriquecendo ilegítimamente. Porém, esta conduta de reduzir o valor das multas macula o grande objetivo da medida coercitiva de convencer o executado a cumprir a decisão judicial.

Isto porque, ao ter consciência de que ao final a multa será invariavelmente reduzida, para que não atinja valores astronômicos, o devedor já sabe que, a partir de determinado momento, estará “livre” de cumprir a obrigação, pois a multa poderá cumular-se *ad eternum* e ainda sim ele não pagará tal valor cominado. E quando se tratar daqueles que possuem vasto patrimônio, talvez possam eles simplesmente optar por não obedecer à decisão judicial, já tendo o conhecimento de que pagarão uma multa, porém em valor relativamente baixo, quando comparado ao que possuem. Ainda que não seja a multa fixada desde o início em um valor reduzido, já é cediço que a questão chegará ao STJ, e este Tribunal, diante do caso concreto e baseando-se na razoabilidade e proporcionalidade, tenderá a reduzir o montante total para impedir que seja gerado um enriquecimento ao credor. Em outras palavras, podem os devedores se sentir acomodados em não pagar a multa já antevendo a sua redução no futuro. O temor da incidência da multa que deveria ser provocado acaba perdendo força.

Ademais, tal montante elevado não se deu devido propriamente a inércia do autor da demanda, mas pela própria conduta do devedor, que insistiu em não cumprir a decisão judicial. A atuação do tempo não só prejudica o credor, que se queda mais tempo sem obter a obrigação desejada, como beneficia o inadimplente, que dá causa a

---

<sup>140</sup> ABELHA, Marcelo. Op. cit. p. 229. Nota de rodapé.

cumulação da multa, mas que, ao final, a vê reduzida a valores substancialmente menores.

Mais adiante, deparamo-nos ainda com mais uma questão. Um dos escopos da jurisdição é a pacificação social, que busca alcançar um resultado que implique em um vencedor satisfeito e um vencido conformado. Porém, esta redução da multa com base no enriquecimento sem causa gerado ao autor somente causa mais inquietação, concluindo Fernando Sá, de forma irretocável que

Ao ver o montante alcançado pelas astreintes reduzido pelas altas Cortes de Brasília a patamares bem inferiores, após anos decorridos desde sua fixação, na via ordinária, em honor ao princípio da razoabilidade, de conteúdo vaguíssimo, heurístico, discricionário, impossível de aferição por alguma régua comumente aceita, a decisão frustra o jurisdicionado credor da obrigação e está longe de proporcionar-lhe paz, mas, seguramente, um compreensível amargor. Como já dito num dos comentários da Revista Trimestral, melhor seria não a ter pronunciado.<sup>141</sup>

Outro problema ainda pode ser destacado. Conforme assinalado por Araken de Assis, a astreinte possui uma manifesta fragilidade, que acaba por comprometer seu êxito em alguns casos, qual seja, somente se mostrar sensível a ela os executados possuidores de patrimônio penhorável, pois podem vir a perder algo se houver incidência da multa e sua eventual execução. Já no que toca aos desprovidos de patrimônio e nos casos em que haja eventual insuficiência de patrimônio do devedor, é indiferente e inócuo a sua aplicação que, ao final, restará frustrada.<sup>142</sup>

Diante deste quadro, pensamos que uma possível solução seria dar uma nova destinação ao produto desta multa coercitiva. Apenas a fim de expor novas ideias, decidimo-nos por aqui apresentá-las sucintamente, sem o intuito de esgotar o tema.

Para isso, consideramos o tratamento atualmente dado às astreintes pela legislação francesa e o destino dado a este montante arrecadado quando diante de ações coletivas. Enquanto no processo de caráter individual o beneficiário é, atualmente, o autor da demanda, na tutela coletiva, nos moldes do art. 2º, V, do Decreto 1.306/94<sup>143</sup>,

---

<sup>141</sup> SÁ, Fernando. Op. cit. p. 189.

<sup>142</sup> ASSIS, Araken de. *Execução na ação civil pública*. RePro 82/46-52 *apud* FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (re)reforma do art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDDIER, Fred (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 199.

<sup>143</sup> “Art. 2º Constituem recursos do FDD, o produto da arrecadação: *Omissis*. (...) V - das multas referidas no art. 84, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.”

art. 13 da Lei 7.347/85<sup>144</sup> e art. 214 da Lei 8.069/90<sup>145</sup>, o valor da multa é direcionado a diferentes fundos públicos. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, a multa destina-se a compor o patrimônio público, administrado pelo Ministro da Justiça, e sua aplicação se dá em prol da recuperação dos interesses coletivos. Tal previsão demonstra que o autor da demanda não é merecedor do que fora arrecadado a título de multa.<sup>146</sup>

Não vislumbramos obstáculo em se promover esta mesma solução prevista na seara da tutela coletiva ao âmbito da tutela individual. Diante das perplexidades da atual sistemática, de um lado o enriquecimento ilícito e de outro a ineficácia do instituto, Mateus Costa Pereira sugere a destinação de parcela do valor da multa a um fundo, semelhante aquele previsto na Lei de Ação Civil Pública.<sup>147</sup>

Nossa ideia, porém, vai um pouco mais além. Visualizamos aqui a possibilidade de se reverter a integralidade do montante arrecadado não a fundos públicos, mas a instituições de caridade, como previsto na legislação francesa, ou a instituições que tenham fins sociais. Isto porque, estar-se-ia utilizando este dinheiro, obtido com base na desobediência e desrespeito a autoridade estatal, para promover um benefício à toda sociedade.

Infelizmente, a corrupção que assola nosso país possivelmente impediria um uso eficaz desta quantia se destinada a fundos, o que nos inspira a buscar outras soluções, como as supramencionadas. No caso, seriam criados uma série de critérios a serem preenchidos por essas entidades para que pudessem participar como beneficiárias das astreintes, sendo necessário um registro das mesmas perante o Ministério Público, de forma que este possa fiscalizá-las, evitando qualquer tipo de fraude. Estar-se-ia implementando verdadeira função social às astreintes, que além de funcionarem como medidas coercitivas, passariam a ser um impulso ao desenvolvimento social do país, ajudando à toda a coletividade.

A própria reforma do Código de Processo Civil que está por vir, brevemente apresentada, prevê dentre seus dispositivos, na hipótese de ser a Fazenda Pública o executado, a destinação da parcela excedente ao valor da obrigação principal a entidade pública ou privada com finalidade social. No entanto, entendemos que tais entidades devem ser beneficiadas em todo e qualquer caso, não apenas nas situações em que a

---

<sup>144</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

<sup>145</sup> “Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.”

<sup>146</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 377/378. (coleção temas atuais de direito processual civil, v. 6)

<sup>147</sup> PEREIRA, Mateus Costa. Op. cit. p. 89.

Fazenda Pública se encontrar como devedora e ainda somente no que tange ao valor excedente.

Dessa forma, cremos que pelo menos parte dos problemas estaria resolvida, pois não teria o exequente motivo para postergar a provocação do Judiciário quanto a recalcitrância do devedor, pois tal conduta não lhe traria nenhum benefício, ao passo que não seria necessária a redução do valor cominado a título de multa, pois além de ter sido o próprio devedor que dera causa a tal cumulação de valores, como ocorre via de regra, não haveria mais a possibilidade de eventual enriquecimento sem causa do credor. Quanto à execução, caberia à própria instituição sorteada a cobrança dos valores, sendo de seu interesse alcançá-la.

Sergio Cruz Arenhart brilhantemente deduz em seu livro que

é, portanto, esse objetivo que deve presidir toda a filosofia da multa coercitiva. Deve ela ser pensada de modo a realmente gerar a ameaça de mal que representa, e de forma que esse mal efetivamente represente para o ordenado prejuízo relevante – a ponto de induzi-lo a observar a ordem judicial. Essa multa só terá utilidade no sistema nacional se puder ela ser entendida como o meio de pressão psicológica que é; sem esse poder, totalmente inútil se torna o mecanismo, ficando sem sentido sua previsão no ordenamento pátrio. Somente, pois, com a interpretação dessa figura sob a égide desse norte é que adquire ela sua função e realiza seu papel, sendo, pois, esse objetivo que deve reger toda opção hermenêutica feita a respeito da medida.<sup>148</sup>

Em conclusão, deve-se ter sempre em mente que a multa se dá em virtude do descumprimento da decisão judicial, e deve ser exigida porque representa o exercício da própria autoridade do poder judiciário quanto àquele descumprimento. Por isso, independentemente do valor, ela deve ser exigível.

### **Referências Bibliográficas:**

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e entregar coisa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

---

<sup>148</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 353.

- ARAÚJO, José Henrique Moura. A multa do art. 461 do CPC e sua modificação: um tema com variações. **Revista Dialética de direito processual**, São Paulo, nº 97, p. 92-97, abr., 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, ano 104, p. 233-255, mar./abr., 2008.
- \_\_\_\_\_. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 6)
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Manual da execução*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CARNEIRO, Leonardo José. Algumas questões sobre as astreintes (multa cominatória). **Revista Dialética de direito processual**, São Paulo, n. 15, p. 95-104, jun. 2004.
- FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re)reforma do art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDDIER, Fred (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, Volume 3: execução. 2. ed. rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, leg. e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 53, n. 337, p. 21-35, nov., 2005.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção professor Agostinho Alvim)
- PEREIRA, Mateus Costa. A multa coercitiva e o risco de sua ineficiência. **Revista Dialética de direito processual**, São Paulo, nº 99, p. 72-89, jun., 2011.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SÁ, Fernando. Considerações sobre a multa cominatória na jurisprudência francesa e brasileira. **Revista de processo**, São Paulo, v. 36, no 192, p. 169-190, fev., 2011.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do CPC. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, leg. e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 50, n. 292, p. 15-27, fev., 2002.

## **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA DAS PROPOSTAS CENTRAIS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Karol Araújo Durço*

Advogado. Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF e Professor Visitante do Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas, em Belo Horizonte-MG, e da Pós-graduação da UNIVIX, em Vitória-ES. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.

*Éric da Rocha Chehuen*

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG.

**Resumo:** Este ensaio tem por finalidade realizar uma análise de uma das principais apostas do Projeto de Novo Código de Processo Civil para reduzir a morosidade na tramitação de processos judiciais. Para tanto, busca-se investigar o denominado incidente de demandas repetitivas partindo-se de breves considerações sobre a atual sistemática prevista no Código de Processo Civil e no direito comparado. Em seguida, ingressa-se no estudo do mencionado incidente a partir da própria proposta legislativa do Projeto, mas também com um enfoque de caráter analítico, a fim de tentar facilitar a compreensão do instituto e abrir caminho para as discussões doutrinária e jurisprudencial que certamente ocorrerão.

**Abstract:** This essay aims to analyze one of the main tools contained in the Project for the New Civil Procedure Code for a more expedite judicial proceeding. To this end, the essay investigates the so-called “repeat demands” judicial doctrine, starting from brief remarks about the current system prescribed in the Civil Procedure Code and comparative law. Further, the essay focuses on the characteristics of the new doctrine based on the very legislative proposal of the project and also with an analytical view, in order to facilitate the understanding of the doctrine and to pave the way for academic and judicial discussion which will eventually emerge.

**Palavras-chave:** demandas repetitivas; solução; morosidade judicial.

**Keywords:** “repeat demands”; solution; legal slowness.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Os precedentes do incidente; 2.1 Os precedentes no direito comparado; 2.1.1 A doutrina da *stare decisis* do direito norte-americano; 2.1.2 O *musterverfahren* do direito alemão; 2.1.3 A agregação de ações do direito português; 2.2 Os precedentes no direito brasileiro; 2.2.1 Julgamento liminar de improcedência (art. 285-a do Código de Processo Civil); 2.2.2 Julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (arts. 543-b e 543-c do Código de Processo Civil); 3 Os fundamentos constitucionais do incidente e a necessidade de ponderação; 3.1 O princípio da segurança jurídica; 3.2 O princípio da igualdade; 3.3 O princípio da celeridade; 4 Uma abordagem do incidente conforme apresentado no projeto de código de processo civil; 4.1 Definição; os legitimados; 4.3 Os requisitos; 4.4 O procedimento; 4.5 A abrangência; 4.6 Os efeitos; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução:

O Código de Processo Civil vigente foi instituído pela Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1974.

Após trinta e sete anos de vigência é possível afirmar que o Código de Processo Civil atual não atende, da melhor maneira, aos anseios de uma sociedade em constante modificação, causada, principalmente, pela globalização e avanços tecnológicos.

Tal afirmação pode ser observada no fato do Código de Processo Civil já ter sido alterado pela edição de 65 (sessenta e cinco) leis, bem como por estarem em tramitação 57 (cinquenta e sete) proposições legislativas quando da apresentação do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, as quais foram suspensas por força de ato da Presidência do Senado Federal, nos termos do artigo 374, II, do Regimento Interno, sendo anexadas ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 166, 2010, e encaminhadas à Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil.

Ademais, importa ressaltar que durante sua vigência foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que dispôs a respeito de novos princípios e diretrizes a serem seguidas pelo processo civil brasileiro<sup>1</sup>, ensejando a denominada “constitucionalização do processo civil”.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido conferir: LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. In: *Revista de Processo* 188. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 172.

Além disso, vale ressaltar que o Código de Processo Civil vigente foi escrito na década de 60, período no qual a sociedade brasileira era predominantemente rural, imperando os litígios de natureza comercial, imobiliária e familiar, em um contexto de demandas individuais, o que se reflete no Código atual, em contraposição à realidade contemporânea de coletivização das lides.

Prosseguindo, é possível destacar a ampliação do acesso à informação que, aliada à publicidade das decisões judiciais, fizeram nascer na população, de um modo geral, a consciência sobre seus direitos e, aos poucos, foram reduzindo seu receio de ir a juízo litigar.

Para além disso, é possível mencionar que, em virtude da expansão avassaladora do capitalismo, somada aos rápidos e constantes avanços tecnológicos, houve uma busca desenfreada pelo consumo. Em virtude desta, bem como da exigência cada vez mais acentuada por parte dos consumidores, houve um grande aumento dos conflitos de interesses, tendo como consequência uma verdadeira explosão do número de demandas a serem julgadas pelo Poder Judiciário.

Some-se a isto a possibilidade de concessão do benefício da gratuidade da justiça, previsto na Lei 1.060/1950, fazendo com que o Estado (e indiretamente a sociedade) tenha que arcar com as despesas processuais, bastando, conforme a literalidade da lei, a simples afirmação da parte de que não está em condições de pagá-las sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que, sem dúvida, incentiva a litigiosidade.

Em virtude de todos esses fatores, a realidade atual do Poder Judiciário brasileiro é de um número significativo de processos, que crescem a uma velocidade bem superior da que são resolvidos.

Nesse contexto é preciso afastar os demais obstáculos para o acesso à Justiça, princípio previsto na Constituição Federal de 1988, notadamente no artigo 5º, incisos V, X e XXXV, quais sejam, a duração do processo e seu alto custo. Nesse sentido, faz-se necessária a implementação de dispositivos que sejam aptos a proporcionar uma maior celeridade desde a propositura da ação até a sentença, respeitando-se, pela essência do Estado Democrático de Direito Brasileiro, os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. Com isso, a celeridade não deve ser

buscada como *um fim em si mesma*, perseguida de qualquer maneira, mas tendo como base o devido processo legal e o ideal de justiça que deve permear as decisões judiciais<sup>2</sup>.

Sensível a essa realidade, o legislador brasileiro vem adotando medidas para que se reduza o tempo de tramitação dos processos, notadamente daqueles que dizem respeito a idênticas questões jurídicas, diminuindo a morosidade que assola o Poder Judiciário brasileiro e fazendo valer o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Com esse mesmo escopo é a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas, inspirado no julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, versando sobre a reunião de processos que tratem da mesma questão de direito, fazendo com que as situações semelhantes sejam decididas de maneira uniforme, em respeito aos princípios da igualdade e segurança jurídica, que ora é objeto do presente estudo que se inicia por uma análise dos precedentes existentes no direito comparado, por ser uma fonte importante para que se compreenda o objetivo e os fundamentos do instituto constante no Projeto de Novo Código de Processo Civil.

## **2. Os precedentes do incidente:**

Os pontos seguintes tem o escopo de analisar os precedentes do incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Novo Código de Processo Civil, no direito comparado e nacional, começando-se por aquele.

### **2.1 Os precedentes no direito comparado:**

#### **2.1.1 A doutrina da Stare Decisis do direito norte-americano:**

Inicialmente, cabe destacar que o ordenamento jurídico pátrio, de origem romano-germânica (*civil law*), ao instituir mecanismos de fortalecimento dos precedentes judiciais, tais como a súmula vinculante (art. 103-A da CF), o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do Código de Processo Civil), o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do Código de Processo Civil), a existência de repercussão geral para o conhecimento dos recursos extraordinários (art. 543-A do Código de Processo Civil) e o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (arts. 534-B e 543-C do Código de Processo Civil), promove uma aproximação

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira afirma que: [...] Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Revista de Processo* 102. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 232.

com o sistema anglo-saxônico (*common law*)<sup>3</sup>, permitindo que casos iguais recebam idênticas soluções jurídicas.

Nesse prisma, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero atestam que:

No direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. A vinculação dá-se, tal como no direito estadunidense, tanto horizontal como verticalmente. Ocorre ainda, à semelhança do direito germânico, pela fundamentação despendida pelo Supremo na análise da controvérsia constitucional. Há, aí, mais um instrumento para consecução da unidade do Direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez já decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão da tese, importa dilação indevida no processamento da causa. Com a repercussão geral, encurta-se o procedimento, com flagrante economia de atos processuais<sup>4</sup>.

Tais modificações decorrem, portanto, da doutrina da *Stare Decisis*, prevista no sistema norte-americano, segundo a qual os precedentes devem ser seguidos pelo órgão judicante, sejam eles provenientes de suas próprias manifestações, sejam de manifestações de um Tribunal Superior.

Com isso, a vinculação às decisões anteriores pode ocorrer tanto em sentido horizontal (vinculação interna), quanto em sentido vertical (vinculação às decisões de um Tribunal Superior), tendo como consequências, em qualquer dos casos, a uniformização de jurisprudência e a contribuição para a segurança jurídica, uma vez que proporciona maior previsibilidade aos jurisdicionados quanto às decisões judiciais, fazendo do *Stare Decisis*, pois, a inspiração para o instituto em análise, uma vez que o

---

<sup>3</sup> Assim se manifestam Luciano Benetti Timm e Manoel Gustavo Neubarth Trindade: "Os mecanismos trazidos recentemente pela legislação brasileira no que diz respeito aos recursos para os tribunais superiores aproximam nosso direito das virtudes da *Common Law*, ao permitir uma administração da Justiça de maneira mais pragmática, racional e eficiente, garantindo a integridade do direito contratual, do direito de propriedade e dos demais campos do direito material." TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. In: *Revista de Processo* 178. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 175.

<sup>4</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 28.

direito brasileiro vem introduzindo mecanismos de uniformização das decisões judiciais<sup>5</sup>, garantindo uma vinculação aos precedentes nos planos horizontal e vertical.

### 2.1.2 O *Musterverfahren* do direito alemão:

Outra fonte de inspiração para o legislador brasileiro na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme atesta a exposição de motivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil, é o instituto denominado *Musterverfahren*, que tem a característica de ser um procedimento padrão previsto pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em mercado de capitais<sup>6</sup>.

O modelo alemão caracteriza-se pela fixação de um posicionamento a respeito de questões de fato (divergindo do incidente de resolução de demandas repetitivas, que abrange tão somente questões de direito, como se verá adiante) ou de direito que se repitam em várias causas<sup>7</sup>. Com isso, alguns pontos litigiosos, expressamente indicados pelo requerente e fixados pelo juízo, são resolvidos, de modo que a decisão em relação a estas questões atinja vários litígios individuais<sup>8</sup>.

Seu procedimento tem início mediante requerimento ao juízo de origem, feito por qualquer das partes de um dos processos repetitivos, vedada sua instauração de ofício.

A parte deve indicar o escopo do incidente, apontar os pontos a serem resolvidos coletivamente e os meios de prova que deseja produzir. O requerente deverá, outrossim, alegar e demonstrar a transcendência de seu pedido, ou seja, sua interferência na resolução de outros litígios similares<sup>9</sup>.

Não ocorrendo qualquer das hipóteses de rejeição do requerimento<sup>10</sup>, o mesmo será admitido, hipótese em que o juízo de origem determinará sua publicação em um cadastro eletrônico público e gratuito, administrado por órgãos federais, fazendo constar seus pontos mais relevantes, tais como o pedido, as partes e o objetivo do

---

<sup>5</sup> TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. In: *Revista de Processo* 178. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 175.

<sup>6</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: *Revista de Processo* 179. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 151.

<sup>7</sup> Idem, p. 151-152.

<sup>8</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo* 147. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 132.

<sup>9</sup> Idem, p. 133.

<sup>10</sup> O Procedimento-Modelo será inadmitido em qualquer das seguintes hipóteses: quando a causa estiver pronta para julgamento; se sua instauração puder prolongar ou postergar o processo de maneira indevida; se o meio de prova requerido for inadequado; se as alegações não se justificarem dentro dos objetivos do procedimento; ou quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de solução coletiva. Idem, p. 133-134.

procedimento. Havendo outros pedidos similares de instauração do Procedimento-Modelo, serão registrados juntamente aos anteriores<sup>11</sup>.

Após a publicação do primeiro requerimento de instauração do *Musterverfahren*, deve-se aguardar, por um período de 4 meses, que pelo menos outros 9 procedimentos-padrão venham a ser requeridos, no mesmo juízo ou não, relativos à mesma questão de fato ou de direito. Satisfeito esse requisito, o Procedimento-Modelo será efetivamente instaurado, provocando a atuação de um tribunal de hierarquia superior para decidir sobre as questões coletivas. Não sendo observado o número mínimo de requerimentos dentro do prazo legal, o juízo deve rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual<sup>12</sup>.

A decisão do juízo pela instauração do procedimento coletivo é irrecorrível e deverá ser publicada no cadastro eletrônico, vinculando o tribunal de instância superior, que será o responsável pelo julgamento do mérito do *Musterverfahren*, previamente fixado pelo juízo de origem, como já mencionado<sup>13</sup>.

Determinada sua instauração, o tribunal responsável pelo julgamento escolherá um “líder” para os autores e outro para os réus, que desempenharão o papel de intermediadores junto ao próprio tribunal, sendo responsáveis pelas manifestações futuras e pela prática dos atos processuais pertinentes em nome do grupo. Os demais ainda poderão se manifestar, acrescentando elementos para o convencimento judicial<sup>14</sup>.

Posteriormente, o tribunal procederá à publicação da instauração do Procedimento-Modelo no registro, constando o conteúdo da decisão do juízo de origem, o objetivo do procedimento, a descrição dos líderes das partes e de seus representantes legais, se for o caso<sup>15</sup>.

Após a publicação da instauração no registro, serão suspensos, de ofício e em decisão irrecorrível, todos os processos que versem sobre a mesma questão de fato ou de direito submetida à decisão do tribunal. Com isso, o *Musterverfahren* poderá produzir efeitos nos processos individuais cujas partes não tenham requerido o julgamento coletivo de qualquer questão de fato ou de direito<sup>16</sup>.

Enquanto o Procedimento-Modelo não for decidido, qualquer interessado pode intervir, sendo-lhe facultada a apresentação de argumentos que contribuam para

---

<sup>11</sup> Idem, p. 134.

<sup>12</sup> Idem, ibidem.

<sup>13</sup> Idem, p. 135.

<sup>14</sup> Idem, ibidem.

<sup>15</sup> Idem, p. 135-136.

<sup>16</sup> Idem, p. 136.

sua solução, podendo, inclusive, alargar seu objeto, requerendo a inclusão de outras questões comuns, de fato ou de direito<sup>17</sup>.

Julgado pelo tribunal o *Musterverfahren*, a decisão a respeito da questão comum de fato ou de direito deverá ser seguida em todos os processos que ficaram suspensos (a extensão da coisa julgada limita-se àqueles que já haviam ajuizado ações no momento da decisão coletiva, não compreendendo, portanto, processos futuros), resolvendo-se, de uma só vez, diversos casos repetitivos<sup>18</sup>.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que o Procedimento-Modelo previsto no direito alemão tem o escopo de promover a racionalização do julgamento das causas repetitivas, contribuindo para a diminuição da morosidade e proporcionando uma uniformização da jurisprudência, respeitando-se a isonomia entre as pessoas que figuram em processos repetitivos.

### 2.1.3 A agregação de ações do direito português:

No ordenamento jurídico português existe a regra da *agregação de ações*, prevista no art. 6º do Decreto-lei 108/2006, que instituiu o denominado *regime processual experimental*, cujo escopo é propiciar mecanismos que ensejem aceleração e simplificação processual. Nesse sentido é o “tratamento especial aos litigantes de massa, com a previsão de decisões judiciais que abranjam, a um só tempo, vários processos<sup>19</sup>”.

Pelo instituto, realizada a reunião, atos processuais como intimação, audiência ou algum provimento de urgência serão realizados em conjunto para as diversas ações repetitivas. Poderá, ainda, ser proferida sentença, que igualmente valerá para todas as demandas<sup>20</sup>.

Nesse sentido, os ensinamentos de Júnior Alexandre Moreira Pinto que é enfático ao afirmar:

Alvissareira inovação adveio do art. 6º do diploma em discussão. Trata-se da possibilidade de agregar processos, na medida em que está o julgador, diante da propositura de várias ações com o mesmo objeto, e que poderiam formar um litisconsórcio facultativo ativo, autorizado a reunir todas as demandas para a prática conjunta de atos processuais. Evidentemente, tal dispositivo vai ao encontro da economia

---

<sup>17</sup> Idem, p. 136-137.

<sup>18</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: *Revista de Processo* 179. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 153.

<sup>19</sup> Idem, p. 154.

<sup>20</sup> Idem, p. 155.

processual e serve de mecanismo hábil a evitar decisões díspares quanto a assuntos correlatos. Além disso, racionalmente, habilita a agregação de inúmeros feitos, constantemente motivados por causas comuns, que se multiplicam no dia a dia forense. Os conflitos de massa passam a contar com uma regra de julgamento e trâmite conjuntos.<sup>21</sup>

Vale ressaltar que, não obstante sua importância e seu relevante potencial em proporcionar economia de atos processuais e consequente aceleração da marcha processual, a regra da agregação é aplicável tão somente às causas entre particulares ou entes privados. Isto porque, como é sabido, no direito português, a jurisdição não é una, de modo que as ações propostas contra o Poder Público não são de competência do Poder Judiciário, sendo processadas e julgadas no denominado *Contencioso Administrativo*<sup>22</sup>. Sendo assim, para as causas que envolvam o Poder Público, escolhe-se um ou mais processos para análise e julgamento, ficando suspensos os demais. Com o trânsito em julgado da decisão, as partes de cada processo suspenso poderão, no prazo de 30 (trinta) dias, adotar uma das seguintes medidas: desistir da ação; requerer a extensão dos efeitos da decisão ao seu próprio processo; requerer a continuação de seu próprio processo; ou recorrer da sentença, se proferida em primeira instância<sup>23</sup>.

Em qualquer das hipóteses, vale dizer, tratando-se de causas entre particulares ou que envolvam a Administração Pública, nota-se a preocupação do ordenamento jurídico português em proporcionar às demandas repetitivas um regramento que preze pela celeridade, isonomia e segurança jurídica.

## **2.2 Os precedentes no direito brasileiro:**

Como precedentes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional, serão analisados os institutos previstos nos artigos 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil em vigor, segundo segue.

### **2.2.1 Julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do Código de Processo Civil):**

O art. 285-A foi inserido ao Código de Processo Civil, no ano de 2006, pela Lei 11.277. Ele caminha no mesmo sentido de alguns outros dispositivos acrescentados ao direito brasileiro na última década, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência de maneira célere.

---

<sup>21</sup> PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. In: *Revista de Processo*, 148. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 175.

<sup>22</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: *Revista de Processo*, 179. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 156.

<sup>23</sup> Idem, p. 156-157.

Conforme já mencionado, o instituto em análise é um reflexo da doutrina norte-americana da *Stare Decisis*, que dispõe a respeito do fortalecimento dos efeitos dos precedentes, nesse caso específico, em linha horizontal<sup>24</sup>.

Veja-se o dispositivo:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Da leitura do dispositivo é possível identificar os requisitos para sua aplicação, quais sejam, que a matéria controvertida seja unicamente de direito (não se admite tal solução para processos que envolvam fatos) e que já tenha sido proferida sentença anteriormente, no mesmo juízo, de total improcedência em outros casos idênticos<sup>25</sup>.

Outra observação a ser feita é no sentido de que o instituto alude a demandas repetitivas, buscando eliminar, conforme destacado por Luiz Guilherme Marinoni, “a possibilidade da propositura de ações que objetivem pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais, tomadas em *casos idênticos*”<sup>26</sup>.

Vale destacar, também, algumas imprecisões terminológicas, conforme segue: a primeira delas é no sentido de que a questão controvertida seja unicamente de direito. Ora, como cediço na doutrina pátria, não há que se falar em matéria

---

<sup>24</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. In: *Revista dos Tribunais*, 865. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 30.

<sup>25</sup> Tratando a questão de maneira ligeiramente diversa, Eduardo Arruda Alvim: “Para a aplicação do art. 285-A, é necessário que se façam presentes os seguintes requisitos, segundo se extrai de referido preceito legal: a) pronunciamentos de improcedência em causas idênticas precedentes; b) matéria controvertida unicamente de direito e c) possibilidade de se decidir o processo a partir da reprodução de sentenças prolatadas para o deslinde das causas idênticas anteriores.” ALVIM, Eduardo Arruda. Do julgamento de improcedência de casos repetitivos, à luz da Lei 11.277/06 - algumas reflexões atinentes ao art. 285-A do CPC. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. 2007, p. 102.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. In: *Revista dos Tribunais* 858. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 15.

controvertida antes da citação, uma vez que a controvérsia só se fará presente com a apresentação de defesa pelo réu, impugnando algum ponto alegado pelo autor. Com isso, o que deverá ser considerado para a aplicação do dispositivo “é a discussão da mesma matéria em outros casos precedentes que tenham sido julgados totalmente improcedentes no mesmo juízo”<sup>27</sup>.

A outra imprecisão é relativa aos casos idênticos, uma vez que identidade dependeria que as partes, os pedidos e as causas de pedir fossem idênticos, em respeito à teoria da tríplice identidade (art. 301, §2º do Código de Processo Civil). Ocorre que, tratando-se de casos absolutamente idênticos, a hipótese seria de litispendência ou de coisa julgada, acarretando a extinção do processo sem resolução de mérito, conforme o art. 267, V do Código de Processo Civil, e não o julgamento de mérito de total improcedência, nos termos do art. 285-A. Com isso, o que deve ser entendido por “casos idênticos” é a identidade de argumentação jurídica<sup>28</sup>.

Portanto, como é cediço, certamente o instituto em questão cuida-se de um dos precedentes à proposta de julgamento de demandas repetitivas presente no sistema brasileiro, tendo em vista que visa, igualmente, a solução de litígios de idêntica argumentação jurídica, embora de uma forma diferente daquela da proposta como restará demonstrado ao final do presente estudo. Sendo assim e feitas essas considerações, passa-se à análise do instituto previsto nos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, que se configura como o segundo precedente do incidente, como antes mencionado.

### **2.2.2 Julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil):**

Os artigos 543-B e 543-C foram inseridos no Código de Processo Civil pelas Leis nº. 11.418/06 e 11.672/08, respectivamente, pelos quais o legislador procurou diminuir o número de recursos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 543-B) e pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C), dispondo que na análise de temas repetidos apenas um ou alguns serão admitidos, denominados de representativos da controvérsia, ficando suspensos os demais até decisão sobre aqueles.

Primeiramente, é possível destacar que tais institutos se pautaram no preceito constitucional que garante a razoável duração do processo, buscando, tais como outras reformas, conferir racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional, sem que, para tal mister, houvesse prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, princípios basilares

---

<sup>27</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. Do julgamento de improcedência de casos repetitivos, à luz da Lei 11.277/06 - algumas reflexões atinentes ao art. 285-A do CPC. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. 2007, p. 101.

<sup>28</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: *Revista de Processo* 179. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 167-168.

do devido processo legal<sup>29</sup>. Para atingir os objetivos de celeridade e racionalidade, os institutos caminham no sentido de se uniformizar a jurisprudência e simplificar o julgamento dos recursos pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup> e pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, como já sobejamente mencionado, os artigos 543-B e 543-C demonstram a preocupação do legislador brasileiro em garantir o respeito aos precedentes firmados, notadamente, como é o caso, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Os dispositivos preveem procedimentos que se assemelham quando do julgamento dos recursos múltiplos, diferenciando-se, de maneira significativa, tão somente no que tange à necessidade de demonstração de repercussão geral para o conhecimento dos recursos extraordinários.

Instituída pela Lei nº. 11.418/06, a repercussão geral diz respeito à “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, nos termos do art. 543-A, § 1º do Código de Processo Civil. Devendo ser demonstrada em preliminar do recurso extraordinário, apresenta-se como um novo requisito de admissibilidade, uma vez que seu exame obsta a análise do mérito recursal<sup>31</sup>.

Não obstante, independente dessa observação quanto ao Recurso Extraordinário, é certo que os institutos serão aplicados quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (art. 543-B) ou idêntica questão de direito (art. 543-C). Em que pesem tais previsões, não existe qualquer menção ou definição do que efetivamente vem a ser “idêntica controvérsia” ou “idêntica questão de direito”. Versando sobre o assunto, e no intuito de esclarecê-lo, as palavras de José Roberto do Santos Bedaque:

Pode-se então afirmar que se identifica e individualiza-se uma ação com dados da relação substancial, sendo a *causa petendi* recursal constituída por fatos juridicamente qualificados, identificando como mesma causa quando houver identidade

---

<sup>29</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 165.

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011, o.189.

<sup>31</sup> CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça? In: *Revista de Processo* 181. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 236.

entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente<sup>32</sup>.

Nesse mesmo sentido é que devem ser entendidos os conceitos de idêntica questão de direito ou idêntica controvérsia, para melhor análise do instituto do julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial.

Com relação ao procedimento de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, faz-se mister mencionar o sobrestamento ou suspensão de todos aqueles que não tenham sido selecionados como representativos da controvérsia, até o julgamento definitivo, conforme art. 543-B, § 1º e art. 543-C, §§ 1º e 2º.

Ademais, sobreleva mencionar alguns outros pontos relevantes quanto à tramitação dos recursos excepcionais repetitivos.

Primeiramente, no que tange especificamente aos recursos extraordinários, uma vez negada a existência de repercussão geral do recurso paradigma, os demais sobrestados serão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, § 2º). Com isso, o juízo negativo sobre sua existência é vinculante para os demais. O contrário também é verdadeiro, ou seja, reconhecida a existência de repercussão geral no recurso representativo da controvérsia, a decisão também terá efeitos vinculantes<sup>33</sup>, uma vez que, como já afirmado, se trata de um requisito de admissibilidade, de modo que o julgamento é proferido de maneira abstrata.

Da mesma forma, os recursos sobrestados terão sua admissibilidade negada, na hipótese do acórdão recorrido coincidir com o entendimento firmado no *leading case* (art. 543-B, § 2º e art. 543-C, § 7º, I), vale dizer, o julgamento de improcedência pelo Tribunal Superior tem caráter vinculante, uma vez que confirmatório da decisão recorrida.

Lado outro, havendo divergência entre o acórdão recorrido e o julgamento do recurso excepcional pelo Tribunal, vale dizer, sendo julgado procedente o recurso, o tribunal de origem poderá manter sua decisão para os recursos sobrestados, ou então retratar-se (art. 543-B, §§ 3º e 4º, art. 543-C, § 7º, II e § 8º). Com isso, o julgamento de procedência dos recursos excepcionais não tem natureza vinculante, pois, como

---

<sup>32</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: Cruz e Tucci, José Roberto; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 28-31.

<sup>33</sup> SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. In: *Revista de Processo* 182. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 240.

mencionado, é facultado ao tribunal de origem manter sua decisão, embora, na prática, tenha-se verificado uma adesão absoluta por parte dos Tribunais inferiores<sup>34</sup>.

Abordados os pontos relevantes a respeito dos precedentes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Código de Processo Civil, passa-se à abordagem principiológica que implica sua instauração, tema central para sedimentar as bases de uma análise de caráter mais crítica do instituto.

### **3. Fundamentos do incidente de resolução de demandas repetitivas:**

No campo jurídico, quando se fala em fundamento, frequentemente se remete a ideia de uma abordagem principiológica de um instituto, até mesmo porque a própria palavra “princípio” leva a noção de início, começo e porque não dizer base, alicerce, os quais, por sua vez, voltam a concepção inicial de fundamento.

Sendo assim, no presente estudo, a abordagem não será diferente, já que nos itens seguintes a intenção é justamente apresentar aqueles que seriam os alicerces constitucionais-principiológicos do instituto em estudo.

#### **3.1 O princípio da segurança jurídica:**

A vida em Sociedade requer a criação e manutenção de uma ordem jurídica capaz de proporcionar aos indivíduos parâmetros para que possam balizar suas condutas, sabendo, previamente, o que podem e o que devem fazer, bem como as sanções na hipótese do extrapolamento dos poderes e descumprimento dos deveres.

É exatamente nesse contexto que se insere o princípio ora em estudo. Tão grande a sua importância que a doutrina pátria o considera essencial ao Estado Democrático de Direito, um princípio que lhe confere sustentação.

Quanto ao ponto, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo<sup>35</sup>”.

---

<sup>34</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 180.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 123.

A segurança jurídica se exterioriza de diversas maneiras, todas no sentido de proporcionar estabilidade às relações estabelecidas pelas pessoas, bem como previsibilidade no que tange às consequências futuras.

No que diz respeito à previsibilidade, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem que:

Não menos importante para o Estado Constitucional é a confiança legítima por parte dos cidadãos nos seus atos. A confiança legítima é a face subjetiva da segurança jurídica. Prende-se à calculabilidade e à previsibilidade dos atos dos poderes públicos. A segurança jurídica e a confiança legítima apontam, em termos de processo civil, à necessidade de proteção à coisa julgada, à adoção de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro e à necessidade de adoção de forma para realização dos atos processuais.<sup>36</sup>

Nesse prisma, apresentam-se como fundamentos da segurança jurídica os institutos que ensejam estabilidade, certeza e previsibilidade às relações e aspirações dos indivíduos, tais como a irretroatividade da lei, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a lei prévia para a configuração de crimes e sanção penal, dentre outros.

Tratando do princípio em análise e elevando-o à categoria de princípio geral de Direito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre

---

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 16.

de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas<sup>37</sup>.

No que toca ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a segurança jurídica será buscada mediante decisões judiciais semelhantes para as situações semelhantes. Assim procedendo, as pessoas terão um mínimo de previsibilidade quanto às suas condutas, permitindo-lhes, de antemão, antever suas consequências<sup>38</sup>.

Isto porque, para que a segurança jurídica possa ser efetivamente alcançada, no âmbito judicial, faz-se necessária a implementação de institutos que sejam aptos a ensejar uma maior uniformização de jurisprudência<sup>39</sup>, garantindo previsibilidade àqueles que ingressam em juízo quanto às decisões judiciais. Tanto porque, é válido mencionar, a discrepância em excesso dos julgamentos gera intranquilidade social e faz com que os jurisdicionados não tenham confiança no Poder Judiciário, além de ocasionar um aumento do número de recursos.

Para atender a este fim, o incidente de resolução de demandas repetitivas se mostra, pelo menos a princípio, como um instituto capaz de conferir uma rápida segurança jurídica às questões de direito apreciadas<sup>40</sup>, a exemplo de outros já implementados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como a súmula vinculante, a utilização de *leading cases* em casos de recursos idênticos, a súmula impeditiva de recursos, o julgamento liminar de improcedência, dentre outros. Sendo assim, como parece evidente, é a segurança jurídica um dos importantes fundamentos constitucionais do instituto.

### 3.2 O princípio da igualdade:

O respeito à igualdade é uma das maiores demonstrações de democracia que um Estado pode promover, principalmente quando este se propõe a ser um Estado de Direito.

---

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 124.

<sup>38</sup> Nesse sentido, as palavras de Antônio Adonias Aguiar Bastos: "Além de violar a isonomia entre os sujeitos que estão submetidos a uma conjuntura padronizada, esta álea também coloca "em xeque" a segurança jurídica, afinal a existência de decisões antagônicas para situações que se enquadram num mesmo modelo impede que os membros da sociedade possam pautar-se em condutas que visam a evitar a ofensa ao ordenamento jurídico, além de impedir que tenham segurança quanto às consequências que o eventual descumprimento poderá trazer-lhes." BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *In: Revista de Processo* 186. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 95.

<sup>39</sup> Nesse sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *In: Revista de Processo* 179. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 148.

<sup>40</sup> Idem, p. 244.

O Brasil, que se constitui em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), apresenta disposição expressa no sentido de conferir tratamento igualitário a todos que residirem em seu território, conforme se observa no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Porém, para que os jurisdicionados recebam um tratamento igualitário, faz-se necessária, além disso, a igualdade perante as decisões proferidas pelo Poder Judiciário<sup>41</sup>.

Tanto porque, se um ato praticado pelo Poder Executivo é eivado de ilegalidade ou se uma norma advinda do Poder Legislativo fere princípios constitucionais, o indivíduo ainda terá o Poder Judiciário para lhe amparar, anulando aquele e declarando inconstitucional esta última. Entretanto, a injustiça praticada pelo próprio Poder Judiciário deixa o jurisdicionado em uma situação de impotência, uma vez que não tem mais a quem requerer a solução de seu problema ou de uma injustiça.

Tratando do princípio em análise, no sentido do que vem sendo exposto, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que:

Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.<sup>42</sup>

Com relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a igualdade será buscada (tal como ocorre com a segurança jurídica) por meio de decisões semelhantes para situações jurídicas semelhantes, garantindo o tratamento igualitário aos que ingressarem em juízo.

Assim procedendo, o princípio constitucional da igualdade restaria respeitado pelo Poder Judiciário, mediante a promoção da uniformização da jurisprudência<sup>43</sup> para as demandas repetitivas, constituindo, da mesma forma como o

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, Luiz Fux: "É preciso que haja uma solução igual para todos os brasileiros. A lei é nacional e a função jurisdicional cai em descrédito quando cada juiz define a questão jurídica de uma maneira. Se todos são iguais perante a lei, todos tem que ser iguais também perante a Justiça." FUX, Luiz. Palestra do VII Seminário Internacional Ítalo-Ibero-Brasileiro, realizado no Superior Tribunal de Justiça, dia 23/09/2010.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 17-18.

<sup>43</sup> Nesse sentido, Marcus Vinícius Furtado Coelho: "A uniformização da jurisprudência é essencial para assegurar o cumprimento do postulado constitucional da igualdade." COELHO, Marcus Vinícius Furtado. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. In: *Revista de Processo* 185. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 148.

que foi dito em relação a segurança jurídica, como um dos fundamentos centrais do instituto em apreciação.

### **3.3 O princípio da celeridade:**

A ideia de celeridade vem atrelada ao inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/88, após modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45, promulgada no dia 08 de dezembro de 2004, que consagrou o princípio da razoável duração do processo.

A presença do princípio da celeridade no ordenamento jurídico brasileiro se justifica para que se possa garantir a efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que, como já assente no entendimento doutrinário pátrio, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional equivale, de certa forma, à ineficácia ou inutilidade do provimento.

Nesse contexto, um processo que demore anos para ser decidido significa, em última instância, óbice ao acesso à justiça, princípio previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV.

Não obstante sua previsão, o que se observa na realidade brasileira é a duração cada vez mais prolongada dos processos, e preocupado com essa realidade, o legislador brasileiro, além de algumas inovações já levadas a efeito, propõe, como uma das principais novidades do Projeto de Código de Processo Civil, a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas, com o escopo de proporcionar a rápida resolução das demandas de massa.

Frente a isso, mormente levando-se em conta que da forma como foi concebido o referido incidente uma infinidade de demandas poderiam ter uma solução definitiva num prazo aproximado de 6 (seis) meses, obviamente, foi pensando precipuamente em celeridade que se apresentou a proposta em apreço, constituindo-se esse princípio como mais um de seus principais fundamentos constitucionais. Vistos seus fundamentos, passa-se a análise do instituto em si.

### **4. Uma abordagem do incidente conforme apresentado no projeto de código de processo civil:**

O objetivo do presente capítulo, como o título sugere, é analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas, abordando seus pontos mais relevantes, bem como as possíveis consequências de sua instauração, a partir, por assim dizer, da leitura dos dispositivos legais do Projeto, dividindo-se a abordagem em seis subitens, quais sejam: definição do instituto; os legitimados para propor sua instauração; os requisitos; o procedimento; a abrangência; os efeitos de sua instauração.

#### 4.1 Definição:

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste na reunião de processos fundados em idêntica questão de direito, tais quais os institutos que preveem o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos. Ocorre que, ao contrário destes, o incidente pode ser instaurado em qualquer grau de jurisdição, ou seja, tanto para os processos que acabaram de ser distribuídos quanto para os que estejam em fase de recurso (apelação, recurso especial ou recurso extraordinário).

A reunião dos processos que versem sobre a mesma questão de direito se justifica para que se evitem decisões conflitantes, em respeito ao princípio da segurança jurídica, e quando houver possibilidade de multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, conforme o art. 930 do Substitutivo do Projeto de Código de Processo Civil.

Em síntese, essa é a definição do instituto, e uma vez definido, passa-se à análise dos legitimados para suscitá-lo.

#### 4.2 Os legitimados:

Quanto aos legitimados para requerer a instauração do incidente, segue a previsão do § 1º do art. 930 do Substitutivo:

- § 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.

Primeiramente, ratificando o mencionado anteriormente, o incidente pode ser proposto tanto em fase de recurso, uma vez que sua instauração pode ser requerida pelo relator, quanto em 1º grau, já que o juiz também é legitimado para instaurá-lo. Ficam excluídos, conforme disposto no artigo, os terceiros interessados<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Questionando a restrição promovida pelo dispositivo, Arthur Mendes Lobo aduz: Se a utilidade da instauração do incidente revela-se uma questão de ordem pública e a decisão nele proferida terá efeito vinculante sobre todo o território em que há jurisdição do Tribunal prolator, teria sentido restringir os julgadores que podem instaurá-lo de ofício? Por que motivo o Desembargador Vogal, por exemplo, não poderia pedir vistas em um julgamento de agravo de instrumento e, de ofício, instaurar o incidente se verificado o preenchimento dos requisitos? LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo* 185. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 235.

Não obstante tal restrição quanto à legitimidade para propositura do incidente, aos terceiros interessados é facultada manifestação (art. 935), requerimento de suspensão das ações individuais (art. 937) ou interposição de recurso especial ou extraordinário (art. 940), o que revela certa incongruência entre tais previsões, contrariando a lógica da legitimação.

Quanto ao Ministério Público, há expressa previsão no § 3º do art. 930 no sentido de que intervirá obrigatoriamente no incidente quando não for o requerente, podendo assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono. Quanto a esta previsão, pertinentes as ponderações de Arthur Mendes Lobo:

E se não houver interesse público? Assumir a titularidade significa o quê? Defender a tese em favor da coletividade? E quando houver interesses coletivos conflitantes? A lei não estaria interferindo na autonomia do Ministério Público? Diferentemente da ação popular, que sempre defende o interesse público (patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico) o incidente pode ter interesses disponíveis coletivos conflitantes (por exemplo: exigibilidade de um tributo, de um lado a coletividade de contribuintes, de outro lado o erário público). Ou, por exemplo, de um lado, trabalhadores rurais desempregados, de outro o meio ambiente<sup>45</sup>.

Portanto, em que pesem diversas discussões que surgirão, é certo que, pelo Projeto, legitimados para propor o incidente são as partes que compõem a relação processual, o juiz e o Relator (parece não permitir ao revisor ou ao vogal proporem), e, ainda, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

#### 4.3 Os requisitos:

Os requisitos para a admissão do incidente estão elencados, em primeiro lugar, no art. 930, *caput*, que dispõe:

Art. 930. 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.

Primeiro ponto a ser analisado é o que se refere à identificação da questão controvertida. Valem aqui as observações feitas quando da análise do julgamento

---

<sup>45</sup> Idem, p. 237.

liminar de improcedência (art. 285-A), no sentido de que, para que se possa falar em controvérsia, o réu deve ter apresentado algum tipo de defesa impugnando as alegações do autor.

Com relação ao potencial para acarretar relevante multiplicação de processos sobre questão de direito idêntica, vale aqui, igualmente, a remissão ao disposto quando da apreciação do julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (art. 543-B e art. 543-C), para fins de esclarecimento sobre o que efetivamente vem a ser “idêntica questão de direito”.

No que tange ao potencial para causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, o instituto buscará, como já abordado, garantir que às situações semelhantes sejam proferidas decisões semelhantes, zelando pela uniformização de jurisprudência. Em que pese tal previsão, trata-se de um requisito deveras subjetivo, uma vez que caberá ao tribunal aferir se o risco de coexistência de decisões conflitantes efetivamente existe, bem como se o mesmo será capaz de causar insegurança jurídica de maneira relevante.

Além dos requisitos constantes do art. 930, existe ainda a previsão do § 1º do art. 933, que também traz consigo alto grau de subjetividade, uma vez que atribui ao tribunal a faculdade de aferir se existe conveniência de se adotar decisão paradigmática, ao promover o juízo de admissibilidade. Com isso, ainda que se verifique a presença dos requisitos do art. 930, é possível que o incidente não seja admitido, por não considerar o tribunal “conveniente” a adoção de decisão que sirva de paradigma.

E, por fim, um último requisito do incidente vem a ser a mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, conforme art. 931.

Pois bem, expostos os requisitos, passam-se as considerações sobre a tramitação do incidente, ou seja, a apresentação do seu procedimento.

#### **4.4 O procedimento:**

Requerida a instauração do incidente por um dos legitimados acima mencionados, junto ao Presidente do Tribunal (art. 930, § 1º), será procedida à “ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, nos termos do art. 931.

Quanto a esse procedimento, mais uma vez as ponderações de Arthur Mendes Lobo:

A expressão “mais ampla e específica” divulgação e publicidade indica que a publicidade seria por meio de mais de um veículo de comunicação, mas ao final restringe à inserção no *site* do CNJ. Haverá obrigação de veicular as informações em outros meios de comunicação, tais como, televisão, rádio, jornal impresso de grande circulação?<sup>46</sup>

O dispositivo não deixa claro sobre quando ocorrerão a divulgação e a publicidade da instauração e do julgamento do incidente, o que poderia trazer prejuízos aos terceiros que pudessem ter interesse em se manifestar ou em fazer sustentação oral, o que retiraria a legitimidade do acórdão que o julgar<sup>47</sup>.

Ainda com relação aos trâmites relacionados à divulgação do incidente, versa o parágrafo único do art. 931: “Os tribunais promoverão a formação e atualização do banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro”.

Após a distribuição do incidente, será facultada ao relator a requisição de informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias improrrogáveis. Após o decurso desse prazo, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público, nos termos do art. 932.

Para tanto, o juízo de admissibilidade (bem como o julgamento) será atribuição do plenário do tribunal ou, onde houver, do órgão especial, nos termos do art. 933, *caput*. Deverão ser considerados, para sua admissão, se os requisitos do art. 930 se fazem presentes, bem como se é conveniente a adoção de decisão paradigmática (§ 1º do art. 933).

Admitido o incidente, caberá ao presidente do tribunal determinar, na mesma sessão que avaliar sua admissibilidade, a suspensão dos processos em curso na primeira e segunda instâncias (art. 934), que versem sobre a mesma questão.<sup>48</sup>

A suspensão também poderá ocorrer em todo o território nacional<sup>49</sup>, mediante requerimento ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de

---

<sup>46</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>48</sup> Nesse ponto, questiona Arthur Mendes Lobo: “Se a admissibilidade do incidente se dará por *decisão colegiada*, por que a decisão de suspensão de todos os processos que tratem da matéria se dará por *decisão monocrática* do Presidente?” Idem, p. 239.

Justiça, referente aos processos que versem sobre a questão objeto do incidente, a pedido das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de qualquer interessado (art. 937).

Prosseguindo, o relator procederá à oitiva das partes e dos demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia<sup>50</sup>, no prazo comum<sup>51</sup> de quinze dias e, em seguida, o Ministério Público, em igual prazo, os quais poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (art. 935). Ultrapassadas estas diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente (art. 936).

Após a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, bem como ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para que possam sustentar suas razões (§ 1º do art. 936).

Posteriormente, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, desde que façam sua inscrição com quarenta e oito horas de antecedência (§ 2º do art. 936)<sup>52</sup>.

Realizadas todas essas fases, o órgão julgador proferirá decisão (art. 938), que poderá ser atacada por recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (matéria infraconstitucional) ou recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (matéria constitucional), sendo atribuído efeito suspensivo em ambas as hipóteses, a ser interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado,

---

<sup>49</sup> Segundo Arthur Mendes Lobo: "Qual seria a utilidade da suspensão de ações em todo o território nacional para se aguardar um acórdão que terá efeito apenas nos limites territoriais do Tribunal prolator? Por exemplo: por que as ações ficariam suspensas em Minas Gerais se um incidente sobre a matéria está tramitando, por exemplo, no TJPR, uma vez que o acórdão que o julgar terá efeito vinculante apenas no Paraná? E se, no exemplo citado, nenhuma das partes opuser recurso de estrito direito contra o acórdão do TJPR?" Idem, *ibidem*.

<sup>50</sup> Conforme Rodrigo Valente Giublin Teixeira: "A essa possibilidade de manifestação escrita por pessoas que não integram o litígio se pode considerar como sendo um *amicus curiae*." TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 169.

<sup>51</sup> Arthur Mendes Lobo questiona: "O 'prazo comum' não impedirá que uma parte/interessado saiba o que o outro alegou? Esse método impossibilitará o integral conhecimento da matéria debatida e, consequentemente, a ampla defesa?" LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo* 185. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 240.

<sup>52</sup> Mais uma vez, Arthur Mendes Lobo: "Como o julgamento do incidente terá grande relevância em toda a jurisdição do Tribunal prolator e impedirá a proliferação de demandas repetitivas, o que desafogará o Judiciário, nada impede que o julgamento do incidente se estenda durante um dia inteiro (como acontece no Tribunal do Júri). Ora, se em um Tribunal do Júri onde se decide o bem jurídico de uma única pessoa, não raras vezes, admite-se que o julgamento perdure por diversos dias, por que motivo não se poderia permitir que o julgamento do incidente, que traz matéria que atingirá centenas, milhares ou até milhões de pessoas transcorra por vários dias. O importante é permitir a manifestação de todos os interessados na sustentação oral, com tempo mínimo para exposição da respectiva tese, de modo a legitimar o acórdão que julgará o incidente." Idem, p. 241.

presumindo-se a repercussão geral no caso do recurso extraordinário (art. 940). Ademais, os autos subirão ao tribunal competente independentemente da realização do juízo de admissibilidade no tribunal de origem (parágrafo único do art. 940).

Com relação ao prazo para julgamento, o incidente deverá ser julgado dentro de seis meses, tendo preferência sobre quaisquer outros feitos, com exceção dos que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*, de modo que, com o término do prazo, cessará o efeito suspensivo do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 939).

Por fim, cabe observar, que se o incidente for rejeitado, o curso dos processos individuais será retomado imediatamente (§ 2º do art. 933).

#### **4.5 A abrangência:**

Conforme já mencionado, o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez interposto e admitido, promoverá a suspensão das ações ou recursos em tramitação.

Aqui, porém, diferentemente do que ocorre no julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, será possível o julgamento pelos órgãos de segunda instância, quais sejam, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados, de modo que a decisão valerá para todo o território onde o Tribunal prolator exerça sua competência.

Na hipótese da decisão ser atacada via recurso especial ou recurso extraordinário, o incidente apresentará, a partir da decisão do recurso, abrangência em todo território nacional.

#### **4.6 Os efeitos:**

Já quanto aos efeitos decorrentes do incidente de resolução de demandas repetitivas, tem-se que o primeiro efeito marcante diz respeito à suspensão das causas ou recursos em decorrência de sua admissão (art. 934). Essa suspensão encontra-se, inclusive, prevista no art. 288, IV, do Substitutivo do Projeto de Código de Processo Civil.

A suspensão também poderá ocorrer mediante requerimento ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em relação aos recursos sobre a mesma questão objeto do incidente, que ocorrerá, nesse caso, em todo o território nacional.

Admitido o incidente e realizada a suspensão das causas ou recursos em tramitação, o plenário do tribunal ou o órgão especial, onde houver, procederá ao julgamento da questão de direito do incidente.

Realizado o julgamento, a decisão fará coisa julgada em relação às causas em curso no âmbito de competência do tribunal prolator (art. 933, § 2º), estando sujeita a recurso com efeito suspensivo, cujos autos subirão ao tribunal competente independentemente da realização de juízo de admissibilidade no tribunal de origem (art. 940), não sendo objeto, porém, de reexame necessário (art. 483, § 3º, III).

As ações supervenientes, ou seja, aquelas propostas quando o incidente já tiver sido admitido, serão atingidas pela decisão do tribunal competente para seu julgamento, bem como as ações já ajuizadas quando do início de sua tramitação. Para as ações posteriores ao julgamento do incidente, parece que não haverá tal vinculação, conforme se infere do art. 938.

A ausência de vinculação para as ações posteriores, levando-se em consideração os objetivos do incidente, bem como do Código de Processo Civil em tramitação, quais sejam, conferir celeridade, segurança jurídica e vinculação aos precedentes judiciais, não se mostra pertinente, uma vez ser desarrazoável a instauração de outros incidentes para a mesma questão de direito já apreciada anteriormente (em outro incidente), tanto porque, não é crível que a intenção do legislador brasileiro tenha sido no sentido de proporcionar o julgamento reiterado pelos tribunais a respeito de demandas repetitivas, quando os mesmos já manifestaram o seu entendimento. Nesse sentido, o instituto seria melhor aproveitado se a decisão proferida vinculasse as ações intentadas após o seu julgamento, até que houvesse alguma mudança de posicionamento por parte do tribunal.

Em que pesem tais considerações, o art. 307 do Substitutivo do Projeto de Código de Processo Civil dispõe que o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, o que parece se tratar da solução encontrada pelo legislador para as ações intentadas após a decisão do incidente.

No que tange à sistemática recursal, o relator poderá, nos termos do art. 888, negar provimento a recurso que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas. O relator poderá, outrossim, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por fim, se a decisão proferida no incidente não for observada, caberá, assim como ocorre nas hipóteses de descumprimento de súmula vinculante, reclamação para o tribunal competente, consoante o disposto no art. 941.

## 5. Conclusão:

Analizados os pontos referentes ao contexto sócio-jurídico brasileiro, à tramitação do Projeto de Novo Código de Processo Civil, aos precedentes presentes no direito comparado e no direito brasileiro, aos princípios norteadores da adoção do instituto e ao procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas de maneira específica, resta proceder, por fim, à conclusão em virtude de tudo o que foi exposto.

Evidentemente, não se buscou esgotar o assunto, uma vez que não existe um posicionamento doutrinário significativo sobre o tema, bem como por inexistir pronunciamento judicial a seu respeito, já que se trata de instituto que ainda será introduzido no direito brasileiro. Também por isto, buscou-se fazer uma prognose sobre suas consequências, na tentativa de realizar uma avaliação sobre seus possíveis resultados, uma vez que o instituto promove sensível modificação no trâmite das demandas de massa.

Diante de todos os pontos que foram abordados, pode-se dizer que a iniciativa do legislador tenha sido válida em virtude do atual contexto sócio-jurídico brasileiro, marcado pelo excessivo número de processos, dentre os quais se destacam os referentes às demandas repetitivas, o que exigia uma postura mais ativa de sua parte.

As ressalvas que se fazem aqui, entretanto, caminham no sentido de que se tenha cautela na criação e utilização de instituto de tal relevância, notadamente pelo fato de que no direito brasileiro não existe a tradição de vinculação aos precedentes judiciais, como ocorre no direito comparado. Ademais, a concessão de efeito vinculante às decisões dos tribunais de segundo grau de jurisdição deve ser encarada com reserva, já que, igualmente, foge à tradição do ordenamento jurídico pátrio, que o confere tão somente ao Supremo Tribunal Federal quando da adoção de súmula vinculante e do julgamento da repercussão geral no julgamento por amostragem dos recursos extraordinários.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que o instituto em apreço, não obstante buscar a satisfação dos princípios da segurança jurídica, igualdade e celeridade, tem relevante potencial para provocar o não atendimento ao contraditório de maneira plena, cerceando os poderes das partes para bem convencer o magistrado ao promover o

julgamento da questão de direito pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, por meio da supressão do órgão de primeira instância.

Diante desses apontamentos e da forte tendência do direito brasileiro em buscar uma maior uniformização de jurisprudência, por meio dos precedentes, faz-se imperiosa a proliferação de debates e discussões doutrinários para que se possa chegar a um denominador comum sobre como a utilização do incidente poderá ocorrer da melhor maneira possível. Ademais, a análise de futuras decisões judiciais também se fará necessária, a fim de conformar o instituto e possivelmente modificá-lo de acordo com as necessidades do processo e do ideal de efetividade dos pronunciamentos do Poder Judiciário, zelando ao máximo pelo respeito aos princípios constitucionais, em especial frente ao bom número de pontos entregues a um subjetivismo judicial.

Dito isto, resta esperar pelos frutos do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como pelos do Novo Código de Processo Civil, preparando o terreno para debates e buscas de melhorias, com os olhares sempre voltados para as críticas e para o diálogo, tanto porque, as divergências são imprescindíveis para o aperfeiçoamento do sistema, uma vez que quando a unanimidade se faz presente, sem um amplo debate, é sinal de que algo não se encontra correto.

### **Referências Bibliográficas:**

- ALVIM, Eduardo Arruda. Do julgamento de improcedência de casos repetitivos, à luz da Lei 11.277/06 - algumas reflexões atinentes ao art. 285-A do CPC. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Revista de Processo* 102. São Paulo: Editora RT, 2001.
- BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: *Revista de Processo* 186. São Paulo: Editora RT, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à Luz do contraditório. In: Cruz e Tucci, José Roberto; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. In: *Revista dos Tribunais*, 865. São Paulo: Editora RT, 2007.
- CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo* 147. São Paulo: Editora RT, 2007.

CALAMANDREI, Piero. “Processo e Democrazia”, in *Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano, 1965.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. In: *Revista de Processo* 185. São Paulo: Editora RT, 2010.

CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça? In: *Revista de Processo* 181. São Paulo: Editora RT, 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: *Revista de Processo* 179. São Paulo: Editora RT, 2010.

FUX, Luiz. Palestra do VII Seminário Internacional Ítalo-Ibero-Brasileiro, realizado no Superior Tribunal de Justiça, dia 23/09/2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo* 185. São Paulo: Editora RT, 2010.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. In: *Revista de Processo* 188. São Paulo: Editora RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações Repetitivas e Julgamento Liminar. In: *Revista dos Tribunais* 858. São Paulo: Editora RT, abril de 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. São Paulo: Editora RT, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 2007.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. In: *Revista de Processo*, 148. São Paulo: Editora RT, 2007.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. In: *Revista de Processo* 182. São Paulo: Editora RT, 2010.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et ali. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo* 189. São Paulo: Editora RT, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e

os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. In: *Revista de Processo* 178. São Paulo: Editora RT, 2009

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. In: *Revista de Processo* 191. São Paulo: Editora RT, 2011.

## O SANEAMENTO DO PROCESSO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Leonardo Greco*

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

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Importância da função saneadora. 3. Despacho saneador: origem e finalidades. 4. Decisão única ou múltipla. 5. Despacho escrito ou decisão em audiência. 6. Conteúdo do despacho saneador. 6.1. A solução das questões pendentes. 6.2. Delimitação dos pontos controvertidos. 6.3. Admissão dos meios de prova. 7. Impulso processual no despacho saneador. 8. A preclusão no despacho saneador. 8.1. As questões não apreciadas no saneador. 8.2. As decisões não imediatamente recorríveis. 8.3. As decisões recorríveis e a hipotética preclusão hierárquica. 8.4. A preclusão no deferimento ou indeferimento de provas. 8.5. A preclusão das decisões de mérito proferidas no saneador. 8.6. Preclusão e erros materiais. 9. Reflexo do saneador sobre a rescindibilidade da sentença final de mérito transitada em julgado. 10. Considerações finais.

### 1. *Considerações iniciais.*

Grande parte da atividade do juiz, dos seus auxiliares e das partes no processo civil se destina a prover à regularidade formal do processo, ao preenchimento dos pressupostos processuais e condições da ação, à correção de vícios e irregularidades e à escolha e produção das provas que propiciem o provimento jurisdicional final sobre o direito material das partes. Numerosos atos são praticados, incontáveis exigências são cumpridas, provocando sucessivos movimentos que conduzem a relação processual em direção ao seu fim último, que é o exercício da jurisdição sobre a pretensão de direito material.

Nesse percurso, que pode ser mais ou menos longo e mais ou menos complexo, todos os sujeitos do processo têm a sua parcela de responsabilidade, para que o resultado almejado seja alcançado, embora a medida em que cada sujeito deva atuar na

sua composição possa variar de um país para o outro. Quero dizer com essa afirmação que há países em que o impulso processual é predominantemente do juiz, como o nosso, mas existem outros em que esse impulso compete acentuadamente às partes; que há países em que serventuários exercem muitas atividades que em outros são exercidas pelo juiz, como a prática dos atos executórios; assim como existem aqueles em que atos de comunicação são praticados pelos advogados, enquanto em outros o são por serventuários. Esses são apenas alguns exemplos de algumas escolhas que cada ordenamento processual faz, influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, como a tradição, a capacidade técnica de certos sujeitos, a sua credibilidade na sociedade, o desenho ideal dos papéis que os juízes, os serventuários e os advogados devem desempenhar e o que a sociedade deles espera.

Na previsão da melhor articulação desses diversos fatores subjetivos e objetivos para a atribuição de responsabilidades aos diversos sujeitos processuais, difícil é a tarefa do legislador, especialmente numa sociedade heterogênea e de realidades tão desiguais e diferenciadas como a brasileira, e num Estado nacional fragmentado em vinte e sete unidades federativas autônomas, com políticas próprias na priorização dos investimentos públicos, nas quais nem sempre a administração da justiça é aquinhoadas com os recursos de que necessita. Do ponto de vista financeiro, é possível observar que há Estados mais ricos cujas justiças são mais pobres de meios materiais, humanos e de organização. Num deles, há poucos anos atrás, um recurso demorava cerca de quatro anos para ser julgado, enquanto que em outro, vizinho, na mesma época, demorava três meses.

Quando perguntavam ao Prof. Alfredo Buzaid porque o Código de 73, por ele projetado, havia sido tão tímido em aliviar os encargos ordinatórios do juiz, transferindo-os para o escrivão, ele respondia com uma outra pergunta: “você sabem quem é o escrivão no Brasil?” Serventias oficializadas e não oficializadas, serventuários com diploma de bacharel em Direito ou sem diploma de nível superior, escrivães ou chefes de secretaria titulares de cargos efetivos, comissionados, simplesmente requisitados de prefeituras e outros órgãos públicos, sem qualquer qualificação, concursados ou nomeados sem concurso. E os auxiliares dos escrivães? Conheci alguns que não tinham cargo, nem emprego. Viviam na chamada informalidade. Como será essa realidade hoje, nesse grande e heterogêneo Brasil?

O padrão de qualidade da justiça brasileira pode ser definido a partir da realidade operacional da Justiça Federal, a única efetivamente nacional, dotada de satisfatórios meios materiais e humanos, de planejamento, de organização, de níveis de remuneração e de programas de capacitação profissional de serventuários, distribuída homogeneamente em todo o País, inclusive no interior. Mas a Justiça Federal não retrata a Justiça brasileira como um todo e um Código de Processo Civil, que acredite contar com uma organização judiciária ágil, rápida e econômica, capaz de tirar o máximo

proveito dos modernos meios de comunicação e de gestão, estará longe da realidade brasileira e fadado ao insucesso.

Se essas condições existissem, eu não teria dúvidas em sugerir a adoção do modelo inglês da condução do processo pelo *master*, um serventuário qualificado, que impulsiona e saneia o processo e adota todas as decisões preparatórias do julgamento, como o deferimento das provas, reservando para o juiz a supervisão da sua atuação, a presidência das audiências e a prolação das decisões mais importantes, como as liminares e as sentenças<sup>1</sup>. Na Alemanha, perante um serventuário qualificado, o *Rechtspfleger*, tramitam certos procedimentos de cobrança de dívidas, sem qualquer participação do juiz<sup>2</sup>. Na França, na Alemanha, na Itália, hoje em Portugal, quem determina os atos executórios é um oficial de justiça ou outro agente específico, sobre o qual o juiz exerce uma distante supervisão. Sugeriria também, e isso não me parece tão difícil de realizar, a autorização aos advogados de promoverem a maior parte dos atos de comunicação processual, especialmente os que se cumprem por simples publicações no Diário da Justiça ou pelos Correios, pois, desde que documentados no processo, para a segurança do seu conteúdo, não há diferença entre a sua realização por eles ou pelo serventuário da Justiça.

Enquanto não alcançamos esse nível de desenvolvimento humano, em caráter homogêneo nas diversas organizações judiciárias - se é que algum dia alcançaremos -, grande avanço poderíamos ter em muitas justiças estaduais se abandonássemos a regra constitucional oriunda da Constituição de 1934, que conferiu à União a competência privativa para legislar sobre direito processual, passando a atribuir essa competência concorrentemente aos Estados. Isso poderia estimular os Estados, que disponham de condições de investir na modernização da sua infraestrutura judiciária, à adoção de soluções mais eficazes para os problemas que hoje afligem a administração da Justiça, como o contencioso de massa e o excesso de processos e de recursos. Por outro lado, isso permitiria que a União pensasse na elaboração de um Código de Processo Civil mais enxuto, dedicado aos princípios e às normas de caráter geral, cuja complementação se daria por leis estaduais, de acordo com as condições e as possibilidades de cada organização judiciária. Exemplar é a costura que a Suíça acaba de efetuar na sua legislação processual, editando o seu primeiro Código de Processo Civil unificado, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2011, com apenas 408 artigos, respeitando a diversidade cultural dos seus vinte e dois cantões.

Poder-se-ia alegar que a Constituição de 1988 já permitiu essa legislação complementar dos Estados ao instituir no art. 24 a competência concorrente da União e

---

<sup>1</sup> V. VARANO, Vincenzo, **Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna**. Milano: Giuffrè. 1973, *passim*.

<sup>2</sup> MURRAY, Peter L. e STÜRNER, Rolf, **German Civil Justice**. Durham: Carolina Academic Press. 2004, pp.74-76.

dos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”. Essa disposição caiu no vazio, a meu ver por duas razões: em primeiro lugar, porque a legislação processual federal é exaustiva em matéria de procedimentos, não abrindo espaço para qualquer legislação complementar dos Estados; e, em segundo lugar, porque o que exige flexibilidade e adequação às diversas realidades judiciárias não são precipuamente os diversos procedimentos judiciais, mas as funções atribuídas aos diversos sujeitos processuais e a operacionalização da sua redistribuição.

À falta dessa flexibilidade, deparando-se com os contrastes existentes na justiça do País, o legislador processual, que precisa avançar na adoção das novas tecnologias, tem optado pela solução nada democrática de atribuir a complementação das suas regras, para adequação às peculiaridades locais, a resoluções dos tribunais. Sacrifica-se o princípio da legalidade, enfraquece-se a autoridade da lei, pois aos juízes e aos tribunais muitas vezes preocupa mais a observância desses regulamentos do que da própria lei, sem falar que muitos desses atos, que tratam de matérias tipicamente processuais, são editados por órgãos não jurisdicionais, como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, sem autorização legal, dispondo com frequência em sentido oposto ao da própria lei.

Uma outra constatação precisa ser feita para auxiliar na análise e avaliação da disciplina do saneamento do processo no projeto de novo Código de Processo Civil. É a de que um processo ágil, célere e, ao mesmo tempo, justo sob a perspectiva do contraditório irrestrito e da amplitude da defesa, há de ser um processo bifásico<sup>3</sup>, ou seja, um processo concentrado, estruturado em duas fases que culminem nas duas decisões mais importantes do processo, o julgamento conforme o estado do processo e a sentença final; em síntese, um processo que não seja truncado a todo momento por novos incidentes que exijam do juiz a prolação de uma série infindável de decisões sobre questiúnculas que vão surgindo no seu curso.

Cappelletti, em uma das suas famosas pesquisas de direito comparado<sup>4</sup>, dedicada ao procedimento oral e ao procedimento escrito, criticou os sistemas processuais ibero-americanos, que identificou como os mais fragmentados do mundo. Esse é um fenômeno cultural, é o modo de ser da nossa Justiça, que o próprio legislador tem dificuldade de modificar. Há uma tendência atávica, de origem lusitana, que já tentei explicar em outros estudos, a compartimentar o processo numa série de decisões de pouca relevância, que o vão impulsionando aos solavancos pela estrada do procedimento, muitas vezes dando marcha a ré para reconsiderar ou modificar o que já fora decidido. Como bem aponta Cappelletti, é um modelo burocrático de exercício da jurisdição, muito cômodo para o juiz, porque a cada momento ele se debruça apenas

---

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele, Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. In: **Páginas sobre justicia civil**, cap. 9. Madrid: ed. Marcial Pons. 2009, p. 120.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro, **Procédure Orale et Procédure Écrite**. Milano: Giuffrè. 1971, *passim*.

sobre uma particularidade do processo, em geral fechando os olhos para o que já foi decidido, que é fato consumado, e para o que ainda terá de decidir, em que ele não tem de pensar agora. E, assim, as centenas de processos que ele tem diariamente de despachar saem rapidamente da sua mesa e ao final de cada dia ele tem a agradável sensação do dever cumprido. E se ele tem poucos processos para despachar, mais rapidamente a sua mesa se esvazia e ele pode dedicar o seu tempo a ocupações mais desfrutáveis.

Conforme observação pertinente de Heitor Sica, a partir das Ordenações Afonsinas o juiz foi autorizado a revogar de ofício quaisquer decisões interlocutórias até a sentença, sistema que vigorou entre nós por séculos, passando incólume pela legislação do Império<sup>5</sup>.

Faça-se justiça aos países de que herdamos essa tradição, Espanha e Portugal. Seus ordenamentos atuais reagiram vigorosamente contra essa fragmentação. Assim, na primeira, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, no art. 207.2, assim como a sua anterior de 1881 (art. 363.1), filiou-se a um sistema preclusivo bastante rígido, que reveste de coisa julgada formal todas as decisões interlocutórias irrecorríveis, irrecorridas ou que, impugnadas por recurso, tenham sido confirmadas pelo tribunal; e, no segundo, o atual art. 580º, n. 3, do Código de Processo Civil preceitua que a decisão no saneador que houver apreciado concretamente as exceções dilatórias e as nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes, bem como as matérias apreciáveis de ofício, assim que se torne irrecorrível, constituirá coisa julgada formal.

Também no Brasil a instituição do despacho saneador teve essa inspiração: racionalizar a atividade instrumental do juiz pra conduzi-la com mais eficiência a um resultado útil. Examinemos em que medida o saneamento do processo cumpre esses objetivos e pretende cumprir-los na disciplina prevista no Projeto de Lei nº 8.046 de 2010, ora em tramitação na Câmara dos Deputados e que se destina à adoção de um novo Código de Processo Civil.

## 2. ***Importância da função saneadora:***

O saneamento do processo é uma função instrumental do juiz, que abrange todas as atividades que ele exerce e todos os provimentos que adota, com a finalidade de assegurar a sua válida formação e o seu desenvolvimento regular e para definir os atos que deverão ser praticados para conduzi-lo à realização do seu fim, que é o justo e adequado exercício da jurisdição sobre a pretensão de direito material que lhe foi submetida. É, portanto, natural que qualquer ordenamento processual procure disciplinar essa função que, como já dissemos, é tradicionalmente atribuída no Brasil ao próprio magistrado, conforme estabelece o artigo 118 do Projeto de novo Código de

---

<sup>5</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça, **Preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Atlas. 2006, pp. 42-44.

Processo Civil (Projeto de Lei 8.046 de 2010, da Câmara dos Deputados), que, nesse aspecto não difere do Código em vigor (art. 125), estabelecendo que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; ...IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades processuais”.

A função saneadora, como a própria palavra exprime, é essencialmente uma função de controle da regularidade do processo e de correção dos seus eventuais defeitos ou desvios do seu rumo, mas na sua essência ela não é privativa do juiz no exercício da função jurisdicional, nem é típica de um determinado procedimento. Todo funcionário público, no exercício das suas funções, antes de praticar os atos ou emitir os provimentos inerentes ao seu cargo, tem o dever de verificar se a atividade por ele desempenhada e os atos por ele praticados ou a serem praticados se revestem da indispensável legalidade, regularidade e adequação aos seus fins. Observe-se, por exemplo, o paralelismo entre a função saneadora do juiz e os critérios que a Lei 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal, exige que o administrador adote na direção do processo administrativo: atuar conforme a lei e o Direito; adequar os meios aos fins, não fazendo exigências superiores às necessidades; observar as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados; garantir às partes o exercício de todos os direitos inerentes ao contraditório e à plenitude de defesa; e impulsionar de ofício o processo (art. 2º, parágrafo único, incisos I, VI, VIII, IX, X e XII).

Com isso não quero dizer que, no caso do juiz, essa função não tenha natureza jurisdicional. Trata-se de uma atividade jurisdicional, porque exercida com fundamento no poder jurisdicional dos juízes e porque indispensável para a válida, regular e justa consecução dos fins da jurisdição. Ela não tem existência autônoma, não existe fora do exercício da jurisdição. Mas é uma jurisdição sobre a própria jurisdição.

Por outro lado, apesar de regulada especificamente no procedimento comum do livro II sobre o processo de conhecimento (arts. 342 e 343), ela não é exclusiva de qualquer procedimento específico, porque é uma função de controle permanente que deve ser exercida em qualquer procedimento e em todas as suas fases. A sua concentração ou maior intensidade, após a fase postulatória, por meio de um despacho específico, o despacho saneador, tem como finalidade principal exigir que nesse momento o juiz efetivamente faça uma pausa na condução do processo e se dedique precipuamente à sua ordenação, assegurando assim, que, daí por diante, o processo esteja em ordem e marche com celeridade e determinação em direção ao seu fim, pois, se assim não for, deverá o processo ser extinto, livrando-se o réu do ônus e do constrangimento de ter de defender-se de uma demanda ou de um processo inviáveis.

### 3. *Despacho saneador: origem e finalidades.*

Embora a função de saneamento deva ser permanente, vários sistemas processuais, especialmente no processo de conhecimento de configuração bifásica, têm criado uma decisão interlocutória específica, posicionada entre a fase postulatória e a instrutória, em que se concentra o seu exercício. O legislador brasileiro, desde 1973, tem evitado atribuir-lhe o nome de *despacho saneador*, que herdamos do direito português, do qual importamos o instituto.

Seguramente influenciado pela audiência preliminar, adotada no Regulamento Judiciário de 1834 do Papa Gregório XVI e no Código austríaco de 1895, foi um Decreto português de 1926 que instituiu o despacho saneador, como “uma verdadeira sentença de forma”, na expressão de José Alberto dos Reis, para que antes de ingressar na produção das provas, que é a fase do processo “que obriga a maiores despesas e incômodos”, sejam resolvidas as questões prévias e prejudiciais, evitando-se que todo esse esforço fosse realizado inutilmente, quando a decisão final esbarrasse na falta de uma condição da ação ou na existência de alguma nulidade intransponível<sup>6</sup>.

Em 1868, Oskar von Bülow já acentuara que o juiz tem de decidir não só sobre a existência do direito controvertido, mas também, sobre a validade do próprio processo<sup>7</sup>. No processo há sempre um dualismo de espécies de questões: as que dizem respeito à *res in judicium deducta*, ao direito material controvertido, e as que se referem à relação jurídica processual.

Antecedido pelo despacho da inicial, pelas providências preliminares (que podem conduzir à extinção do processo sem resolução do mérito ou ao julgamento antecipado da lide) e, eventualmente, pelo exame de exceções, o despacho saneador é o ponto culminante da série de atos que as partes e o juiz praticam para expungir o processo de quaisquer vícios ou irregularidades, a fim de que, na sua sequência, sejam praticados os demais atos probatórios necessários e seja proferido o julgamento do direito material das partes, com a segurança de que esse resultado será válido e eficaz.

#### **4. Decisão única ou múltipla.**

Alfredo Buzaid lecionava que, quanto à forma, o despacho saneador não é necessariamente um só, nem é proferido em um único momento do processo. Pode cindir-se em mais de um pronunciamento, sendo que, todos reunidos, lhe formam a unidade jurídica<sup>8</sup>. Entretanto, analisando a função de saneamento em diversos sistemas processuais contemporâneos, Barbosa Moreira observa uma tendência à adoção do

---

<sup>6</sup> BUZOID, Alfredo, Do despacho saneador. In: *Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva. 1972, pp. 16-17.

<sup>7</sup> BÜLOW, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE. 1964, pp.6-7.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 33.

método *concentrado*, não de forma radical<sup>9</sup>. A opção se afigura racionalizadora, favorecendo a economia processual, e estimuladora da cooperação entre as partes e o juiz, especialmente se a decisão for adotada em audiência.

O projeto do novo Código de Processo Civil se inclina claramente no sentido de que haja uma decisão interlocutória específica de saneamento do processo, o despacho saneador. Com efeito, o artigo 304 do projeto prevê que o autor poderá *até o saneamento do processo*, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir. Também o artigo 363 prescreve que suspenderão o processo a carta precatória e a carta rogatória, se requeridas *antes da decisão de saneamento*. É como se no momento do despacho saneador o juiz fizesse uma pausa no andamento do processo para dedicar-se exclusivamente à função de saneamento que, apesar de instrumental, impõe ao juiz essa atenção especial, porque do seu adequado exercício dependerá o bom êxito na continuidade de um processo hígido e apto a produzir um resultado justo. É boa a opção do projeto, pois isso propicia que todas as questões prévias sejam examinadas em conjunto e que a marcha futura do projeto seja racionalmente planejada, em benefício da celeridade e da segurança jurídica.

Outros dispositivos, entretanto, revelam que a função de saneamento não se esgota em um único ato, podendo desdobrar-se em atos sucessivos, em momentos processuais diferentes. A qualquer tempo pode o juiz determinar o depoimento pessoal das partes (art. 118, VIII), inspecionar pessoas ou coisas (art. 468), assim como examinar a falta de pressupostos processuais ou de condições da ação (art. 472, § 3º). Podemos concluir sobre esse ponto que o projeto adota o método de saneamento concentrado, mas não radical, ou seja com exceções, que devem encontrar consistentes justificativas, para não frustrar ou enfraquecer a realização dos objetivos do próprio método adotado.

## 5. Despacho escrito ou decisão em audiência.

O Código de 39 introduziu no direito brasileiro o despacho saneador, inspirado nas mesmas razões do Papa Gregório XVI, a saber, a necessidade de expurgar precocemente o processo de vícios, que eram “uma das causas mais importantes de desmoralização do processo e uma das fontes mais abundantes das insídias, surpresas e injustiças em que era tão rico o processo tradicional”<sup>10</sup>. Mas, apesar do entusiasmo demonstrado pelo codificador com a oralidade, esta não se estendia ao saneador, proferido por escrito, pois limitava-se à imediatidade e concentração em audiência dos atos probatórios, das alegações finais e da sentença, estabelecida a identidade física do

---

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: **Temas de Direito Processual**. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 130-131.

<sup>10</sup> CAMPOS, Francisco, Exposição de Motivos do Ministro da Justiça. In **Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 1967, p.16.

juiz, consideradas um grande avanço modernizador na época.

O Código de 73 não progrediu na expansão da oralidade. Ao contrário, na exposição de motivos do anteprojeto que o antecedeu, o Prof. Alfredo Buzaid confessou ter-lhe mitigado o rigor, exaltando como um dos grandes progressos da codificação projetada a instituição do julgamento conforme o estado do processo, antes do saneador, reduzindo a importância deste e evitando o retardamento inútil do desfecho de processos que não dependessem de provas orais. A ampliação da recorribilidade de todas as decisões interlocutórias e a redução do alcance da identidade física do juiz foram também sintomas desse recuo em relação à oralidade, determinado pela alegada necessidade “de atender a peculiaridades da extensão territorial do país”<sup>11</sup>.

Um novo impulso no fortalecimento da oralidade foi dado pela Lei 8.952/94 que, instituindo a audiência de conciliação, cuja denominação foi posteriormente alterada para *audiência preliminar* (Lei 10.444/2002), determinou que o saneamento do processo fosse cumprido nessa audiência (art. 331, § 2º do Código), presentes as partes ou apenas os seus procuradores ou prepostos.

Cândido Dinamarco, em estudo sobre essa inovação, apontou como sua fonte inspiradora o *Código de Processo Civil Tipo para a América Latina* e a exaltou pelo “significado intimamente ligado à garantia constitucional do contraditório em sua dimensão moderna voltada à convocação do juiz a participar do processo e *dialogar* com as partes”<sup>12</sup>. A fixação dos pontos controvertidos, a resolução das questões processuais pendentes e a determinação das provas a serem produzidas seriam adotadas com a participação dos litigantes. O insigne autor chegou a sustentar que a omissão dessa audiência constituiria nulidade absoluta, pois afrouxaria “a imperatividade das leis de ordem pública” e frustraria “os desígnios modernizadores” da reforma<sup>13</sup>.

Os propósitos da reforma não vingaram em plenitude. A prática relativizou a obrigatoriedade da audiência preliminar, dispensando-a não só na hipótese de direitos indisponíveis, mas também na de provável inviabilidade da conciliação, caso em que o saneador poderia ser proferido por escrito, o que foi finalmente consagrado pelas alterações introduzidas no art. 331 por meio da Lei 10.444/2002.

---

<sup>11</sup> BUZAID, Alfredo, Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil (1964). In **Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 1967, pp.683 e 686.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Malheiros. 1995, pp. 119 e ss.

<sup>13</sup> Ob. cit., pp. 124-125.

O recuo não passou despercebido à crítica lúcida de Cândido Dinamarco, quanto ao prejuízo que dela decorreria, em razão do abandono do saneamento oral, previsto no § 2º do art. 331, no estudo dedicado a essa nova reforma<sup>14</sup>:

“De minha parte, continuo entendendo que a limitação decorrente da inviabilidade de conciliar não tem razão de ser no sistema e sua aceitação é fruto da má compreensão dos objetivos da audiência preliminar instituída no Código Modelo e em boa hora trazida ao Código de Processo Civil brasileiro pela primeira *Reforma*. Mesmo que a causa verse sobre direitos indisponíveis, não sendo admissível a conciliação, a audiência preliminar teria muita utilidade, em razão das atividades descritas no § 2º do art. 331 (essa não é uma simples audiência *de conciliação*). Mas agora, com esse retrocesso, que é uma vitória dos misoneístas e de sua má-vontade em aprimorar o sistema processual, *legem habemus* e não há mais o que discutir: a audiência só se realiza se a matéria litigiosa comportar transação e se não houver sinais claros de uma indisposição das partes à conciliação”.

O Projeto de Lei 8.046 de 2010, da Câmara dos Deputados, abandona de vez a possibilidade de saneamento oral, embora mantenha a audiência de conciliação, mas como esta antecederá o prazo de defesa, todos os atos subsequentes – resposta do réu, providências preliminares e saneamento do processo – serão exclusivamente escritos (art. 342).

Marinoni e Mitidiero criticam essa opção, observando corretamente que

“em um processo de corte cooperativo, o mais adequado, contudo, é que a atividade de organização do processo (sanação de vícios processuais e preparação da prova) ocorra oralmente, em que as partes e o juiz possam dialogar e participar ativamente na definição destas questões”<sup>15</sup>.

Há uma evidente perda qualitativa, pelo isolamento do juiz e o abandono do diálogo humano em relação à definição dos rumos do processo, que poderia perfeitamente ser evitada, com o aperfeiçoamento da dinâmica do procedimento ordinário, se o projeto tivesse adotado na jurisdição de conhecimento um verdadeiro procedimento bifásico. Este se caracterizaria pela designação de audiência de conciliação no despacho inicial, devendo a contestação e a réplica serem antecipadamente apresentadas, de modo que, na referida audiência preliminar, frustrada a conciliação e não sendo o caso de julgamento conforme o estado do processo, seguir-

---

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma da reforma**. São Paulo: 6ª edição, Editora Malheiros. 2003, p.109.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, **O projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p.121.

se-iam oralmente as atividades de saneamento do processo, deliberadas pelo juiz com a presença e a colaboração das partes. Esse momento de diálogo seria extremamente importante para que o juiz compreendesse com precisão as necessidades probatórias das partes e para que estas, por sua vez, entendendo, na fixação dos pontos controvertidos, quais seriam as questões que o juiz consideraria pendentes de esclarecimento, pudessem direcionar a sua atividade probatória de modo mais eficaz. Considero este último ponto de grande importância. De pouco adianta as partes especificarem as provas, antes da fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, porque sobre estes é que a instrução se debruçará<sup>16</sup>.

Apenas para um paralelo, observe-se que no direito espanhol e no direito português as provas, com exceção da documental, não são propostas na inicial e na contestação, mas justamente na audiência preliminar, após a fixação dos pontos controvertidos<sup>17</sup>. Em Portugal, pode excepcionalmente ser dispensada a audiência preliminar em razão da simplicidade da causa, mas, ainda nesse caso, a *seleção da matéria de fato*, que corresponde à nossa fixação dos pontos controvertidos, nela determinada, propiciará posterior proposição de provas pelas partes, direcionadas ao esclarecimento da matéria selecionada<sup>18</sup>.

O saneamento oral também evitaria inevitáveis retardamentos decorrentes da necessidade, corretamente imposta pelo projeto, de que as partes sejam ouvidas sobre as matérias releváveis de ofício (art.10), pois essa oitiva poderia dar-se na própria audiência preliminar. A esse respeito, observe-se que o projeto regulou em artigo próprio (art.343), logo após a disciplina do saneamento, a hipótese, que a parte final do atual art. 327 localiza após a réplica, de correção de defeitos do processo. Situado o novo artigo autônomo nessa posição, nem por isso me parece que deva entender-se que essa regularização deva ser posterior à decisão de saneamento. Ao contrário, tudo aconselha, inclusive do ponto de vista lógico, que, tal como no Código atual, essa regularização seja promovida no curso das providências preliminares, ou seja, antes do saneamento para que, daí por diante, o processo avance sem vícios, cuja não correção poderá vir a determinar a extinção precoce do processo sem resolução do mérito, evitando-se, assim, a prática sem proveito de atos subseqüentes, especialmente a produção de provas.

---

<sup>16</sup> Há inúmeros fatores que impulsionam o juiz brasileiro a preferir os despachos escritos às audiências orais, sendo o principal deles o excesso de trabalho: pautas sobrecarregadas com a paralisação dos processos durante meses, o tempo dispendido com audiências inúteis, em decorrência da ausência de espírito de cooperação das partes e particularmente dos advogados, a quantidade avassaladora de despachos de expediente a serem proferidos, a busca da celeridade a qualquer preço pela pressão superior de atingir metas quantitativas. Com isso ganha a justiça em rapidez e perde em qualidade. Esse modelo precisa ser modificado. Os juízes devem dedicar a maior parte do seu tempo de trabalho às audiências e menos tempo aos despachos e sentenças, e não o contrário.

<sup>17</sup> V. arts. 428 e 429 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000; e arts. 508º-A a 512º do Código de Processo Civil português.

<sup>18</sup> Arts. 508º-B e 512º do Código.

## 6. Conteúdo do despacho saneador.

O despacho saneador é, ao mesmo tempo, um ato decisório e um ato ordinatório. De acordo com o artigo 342 do Projeto de Lei 8046/2010, integram o conteúdo do saneamento do processo, como ato decisório: a) a solução das questões processuais pendentes; b) a delimitação dos pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova; e c) a especificação dos meios admitidos de produção da prova.

### 6.1. A solução das questões pendentes.

O conceito de questão, a meu ver, deve ser bastante abrangente, ou seja, o de qualquer ponto de fato ou de direito sobre o qual deva o juiz pronunciar-se em caráter decisório<sup>19</sup>. São questões a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação, os fatos que as partes alegaram como geradores do seu direito, os elementos jurídicos que compõem os fundamentos do pedido e da defesa e as provas a serem ou não produzidas. Há questões argüidas por uma das partes e impugnadas pela outra, há questões argüidas por uma e não impugnadas pela outra e há questões não argüidas sobre as quais o juiz deve pronunciar-se de ofício. A redação do art. 343 do projeto inclui como conteúdo do saneador a decisão das *questões processuais pendentes*. De início, cumpre observar o aprimoramento do texto em relação ao do § 2º do art. 331 do Código vigente, antecedendo esse ponto em relação à fixação dos fatos controvertidos, pois logicamente essa fixação somente ocorrerá se o processo estiver em ordem para prosseguir, tendo sido rejeitadas todas as preliminares que pudessem determinar a sua imediata extinção. Todavia a expressão (*questões processuais pendentes*), que é a mesma do Código atual, não representa com fidelidade toda a extensão da cognição que o juiz deve exercer nesse momento a respeito das questões processuais. Não se trata apenas de examinar as questões *pendentes*, ou seja, aquelas que as partes suscitaram ou que, porventura, o próprio juiz, de ofício, tenha submetido às partes por força dos arts. 10 e 343. Deve o juiz nesse momento resolver conclusivamente se o processo está em condições de prosseguir validamente. Para esse fim, o juiz deve examinar, ainda que não suscitadas, a concorrência das condições da ação, bem como de todos os pressupostos processuais cuja ausência possa ocasionar nulidade absoluta, além de todas as demais questões processuais argüidas pelas partes. Deve também, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, corrigir quaisquer irregularidades e erros materiais.

---

<sup>19</sup> Procedente a crítica de Heitor Sica (ob. cit., pp.185-188) ao tradicional conceito de questão, inspirado em Carnelutti, como “ponto controvertido de fato ou de direito”, porque há diversas matérias que o juiz deve apreciar no processo, independentemente de terem sido controvertidas e até mesmo de terem sido alegadas por quaisquer das partes.

Quanto às condições da ação, observe-se que o projeto não faz qualquer menção à possibilidade jurídica (v. arts. 327, XI, e 472, VI), parecendo inclinar-se no sentido de considerá-la matéria de mérito. Penso, entretanto, que a referida condição sobreviverá, no âmbito do interesse de agir, para facultar ao juiz repelir *prima facie* demandas sem qualquer viabilidade jurídica, independentemente de cognição exaustiva e, portanto, sem definitiva resolução de mérito e sem coisa julgada<sup>20</sup>.

Quanto aos pressupostos processuais, cabe fazer algumas distinções. Adotada uma definição bastante ampla dessa categoria para abranger “todos os requisitos que devem ser observados no processo, desde o ato introdutório até o seu desfecho”<sup>21</sup>, caberá ao saneador verificar a concorrência dos pressupostos de validade e de regularidade dos atos praticados até a sua prolação, assim como daqueles que devem verificar-se durante todo o curso da relação processual, como a competência absoluta do juízo (art.64, § 1º, do projeto). Os pressupostos relativos aos atos subsequentes deverão ser objeto da atenção do juiz no momento em que esses atos forem praticados ou assim que cheguem ao seu conhecimento. O controle dos pressupostos processuais cuja inobservância acarrete nulidade absoluta, ou seja, das questões de ordem pública, assim como das irregularidades e dos erros materiais, será exercido de ofício pelo juiz. Já o controle dos pressupostos cuja falta acarrete nulidade relativa dependerá da alegação do interessado na primeira oportunidade em que falar nos autos e da verificação de prejuízo (arts. 252, 253, 257, § 1º, e 258, par. único, do projeto). Parece-me que devam ser consideradas questões de ordem pública as que estabelecem de modo imperativo a observância de determinado requisito para assegurar o respeito a interesse público precisamente determinado, a direitos fundamentais e a princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes<sup>22</sup>. Os defeitos de forma não constituem necessariamente nulidades absolutas. Conforme observa judiciosamente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>23</sup>, a forma não tem, em si mesma, valor próprio, pois se trata de um meio para atingir determinado fim. Se o ato, por outra forma, atingiu a sua finalidade e o respeito à forma não se impunha de modo obrigatório como exigência de um interesse público precisamente determinado, de garantia a direitos fundamentais ou a princípios

---

<sup>20</sup> V. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, volume I. Rio de Janeiro: 3ª edição, Forense. 2011, pp.203-206.

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 275.

<sup>22</sup> Ob.cit, pp. 336 e 337, em que mencionei, entre os princípios indisponíveis: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a auto-defesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação; uma cognição adequada pelo juiz e, em certos limites, a celeridade do processo.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2009, pp. 245-249.

indisponíveis do devido processo legal, não haverá nulidade absoluta a ser apreciada de ofício pelo juiz.

Deverá também o magistrado decidir sobre a admissão das provas, a expedição de cartas precatórias ou rogatórias, a expedição de ofícios e diligências, eventual dilatação de prazos processuais e a alteração da ordem em que devam ser produzidos os meios de prova (art. 118, V), mas essas são questões que dizem respeito ao planejamento e à organização da fase subsequente, que deverão ser decididas depois da fixação dos pontos controvertidos.

Mas não são apenas as questões *processuais* que o juiz deve apreciar no despacho saneador. Deve ele também proferir decisão sobre as questões de direito material anteriormente suscitadas no âmbito das tutelas da urgência e da evidência e que não tenham sido anteriormente solucionadas. São tutelas incidentes que não devem aguardar a sentença final. Na tutela da urgência é o *periculum in mora* que impõe a sua rápida solução. Na tutela da evidência é a mais ampla proteção do direito subjetivo material que exige a sua antecipação, sob pena de frustrar-se o objetivo do instituto. Ambas podem ter sido decididas liminarmente ou logo após a contestação do réu. Se não o foram, o saneador é o seu desfecho natural. Sobre a possibilidade de exame nesse momento de outras questões de direito material, teceremos comentários mais adiante.

## **6.2. Delimitação dos pontos controvertidos.**

Originária do questionário do direito português, hoje substituída pela já citada *seleção da matéria de fato*, a delimitação dos pontos controvertidos, resultantes das proposições fáticas das partes e das provas preconstituídas já produzidas, tem a inquestionável finalidade de orientar a admissão e a produção das provas. A natureza fática dos pontos controvertidos está corretamente disposta no art. 342 que, em redação melhor do que a do Código atual, menciona a delimitação dos “pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova”, ou seja das proposições ou enunciados fáticos a respeito dos quais versará a subsequente instrução probatória. Na medida em que o direito possa ser objeto de prova, como o direito estrangeiro, local ou costumeiro (art.362), também poderá integrar o conteúdo da fixação dos pontos controvertidos. Para atingir com proveito a finalidade de orientar a admissão e a produção das provas, seria fundamental que fosse decidida em audiência oral, o que o art. 342 do projeto não determina, para que o diálogo cooperativo permitisse às partes darem a conhecer ao juiz as suas perspectivas probatórias, bem como a utilidade das provas por elas requeridas e compreender a perspectiva probatória do juiz e as provas que possam auxiliá-lo. Não pode ser uma atividade puramente burocrática, que obrigue o juiz a proferir o conhecido despacho ordinatório solicitando que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, porque estas fizeram um protesto genérico por provas absolutamente impreciso, já que nem elas sabem exatamente o que de fato terão necessidade de provar,

muito menos o juiz. Ocorre que, mesmo após esse despacho, muitas vezes as partes continuam sem saber de que provas efetivamente necessitarão, limitando-se a insistir em prova oral e documental supervenientes, que nem mesmo estão seguras de que irão produzir. Assim, aquilo que Buzaid pretendia evitar, quando criou no Código o julgamento conforme o estado do processo, acaba acontecendo: o retardamento do desfecho do processo para aguardar uma audiência de instrução e julgamento em que nenhuma prova útil será produzida. No direito português, que foi a origem dessa providência, tal deliberação, normalmente adotada em audiência, se constrói em duas etapas: a condensação da matéria de fato já provada, que é a identificação dos fatos incontroversos, e a seleção da matéria de fato a ser provada, que é justamente a identificação das questões fáticas que ainda dependem de prova. Tal deliberação é antecedida de debates pelos advogados<sup>24</sup>. Ainda mais enfático é o direito espanhol que prioriza a perspectiva das partes, prescrevendo que a fixação dos fatos controvertidos compete às partes ou aos seus defensores, juntamente com o tribunal (LEC, art. 428).

A bem da verdade, é forçoso reconhecer que o projeto não exclui a audiência oral das partes na deliberação sobre os pontos controvertidos. O inciso VIII do art. 118 confere ao juiz o poder de “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso”. No contexto dos poderes do juiz, esse dispositivo soa como uma simples faculdade, não necessariamente vinculada à fixação dos pontos controvertidos e ao momento do saneador. Se, conforme já relatado, a cultura burocrática do juiz brasileiro o impulsionou a dispensar a audiência preliminar quando ela era por sã doutrina considerada obrigatória, muito menos força terá esse dispositivo de convencer o juiz a realizar uma audiência oral para a delimitação dos pontos controvertidos.

A delimitação dos pontos controvertidos não é simplesmente a enumeração dos fatos ou proposições fáticas sobre os quais divergem as partes, mas apenas daqueles que ainda não restaram esclarecidos pela prova documental já produzida. A identificação desses pontos duvidosos, tanto nas perspectivas das partes quanto na do juiz, é que vai determinar a admissão das provas a serem produzidas. A tolerância deve ser o critério dessa delimitação. O Código português oferece, nesse aspecto, uma proveitosa lição, estatuinto (art. 511º.1) que “o juiz, ao fixar a base instrutória, selecciona a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida”. No direito espanhol, o dispositivo referido no parágrafo anterior ensejou o comentário de Banacloche Palao de que não é razoável que o tribunal reputa incontroverso fato que qualquer das partes considere controvertido, cerceando assim que seja devidamente esclarecido na instrução

---

<sup>24</sup> BAPTISTA, José João, **Processo civil I – Parte Geral e Processo Declarativo**. Coimbra: 8ª ed., Coimbra Editora. 2006, pp. 414-415.

probatória<sup>25</sup>. A constatação da inexistência de matéria fática a ser elucidada propiciará, por outro lado, a aceleração do julgamento conforme o estado do processo, dispensando o próprio despacho saneador.

Cândido Dinamarco atribui a essa fixação o caráter de um ato meramente ordinatório<sup>26</sup>, não propriamente decisório. Prefiro reconhecer-lhe natureza decisória, mas sem daí extrair qualquer consequência restritiva de eventual produção de provas sobre outros pontos, nesse momento não relacionados, pois a dinâmica do processo e o conteúdo das provas futuras podem evidenciar outras circunstâncias duvidosas, cujo esclarecimento se torne necessário. Também nesse ponto, a experiência portuguesa pode ajudar-nos. Ali, a condensação dos fatos incontroversos não é considerada definitiva, mas a seleção dos fatos a serem provados tem valor definitivo no sentido positivo, não no sentido negativo. Isso significa que, sem prejuízo de eventual questionamento ulterior por ocasião do recurso contra a sentença final (Projeto, art.963, parágrafo único), a prova poderá versar sobre outros pontos não relacionados nesse momento pelo juiz, mas não poderá o juiz dispensar a que foi deferida para esclarecer fatos já considerados controvertidos, ainda que posteriormente o juiz modifique o seu entendimento quanto à existência de controvérsia<sup>27</sup>. E se o juiz omitir a fixação dos pontos controvertidos, o que infelizmente acontece, certamente essa omissão, exceto nos casos mais simples, poderá ter reflexo negativo na instrução probatória, podendo determinar a nulidade do processo a partir do saneador, se alegada na primeira oportunidade e comprovado o prejuízo.

O diálogo entre as partes e o juiz seria também de suma importância, para que as partes pudessem preparar-se para a extensão da coisa julgada à apreciação das questões prejudiciais, prevista no artigo 490 do projeto, alertando-as o julgador para a necessidade de atuação vigorosa no esclarecimento dos enunciados fáticos de que possam resultar essas questões prejudiciais, tendo em vista o alcance extra-processual que adotará a decisão que as apreciar.

### **6.3 Admissão dos meios de prova.**

O art. 342, em redação que me parece inadequada, inclui no conteúdo decisório do saneamento do processo a especificação dos *meios* admitidos de produção das provas. Ora, os *meios de prova* são apenas os tipos de fontes que podem transmitir o conteúdo dos fatos ao conhecimento do juiz e das partes, a saber, os meios legalmente

---

<sup>25</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio, Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio. In BANACLOCHE PALAO, Julio et alii, **El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Navarra: 2ª ed., Civitas Thomson Reuters. 2009, p. 319.

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Malheiros. 1995, pp.132-133.

<sup>27</sup> BAPTISTA, José João, ob. e loc. citis.

previstos (confissão, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, presunções e indícios e inspeção judicial) e eventualmente outros tipos de elementos probatórios não previstos em lei. Todavia, inúmeros dispositivos do projeto evidenciam que não é somente isso que o juiz decide no saneador, mas que, ao contrário, lhe compete deliberar concretamente sobre as provas a serem produzidas, e não apenas sobre os meios que lhes correspondem. Assim, por exemplo, os arts. 293, VI, 296, e 325, parágrafo único, explicitam que as partes indicam, propõem ou especificam as provas concretas que pretendem produzir, cabendo ao juiz, nos termos do art. 354, determinar as que forem necessárias (ou também úteis, faltou dizer), inclusive nomeando perito e fixando o prazo para entrega do laudo, se for o caso (art. 450). O saneador é, portanto, o ato em que se concentra a admissão de quase todas as provas, especialmente as requeridas pelas partes. Depois dele, somente em casos excepcionais, como o de fatos supervenientes (art. 330), terão as partes o direito de propor a produção de novas provas. Entretanto, a qualquer tempo poderá o julgador *ex-officio* determiná-las (arts. 118, VIII, e 354).

## **7. Impulso processual no despacho saneador.**

A admissão das provas a serem produzidas implica necessariamente na determinação dos atos subsequentes a serem praticados para que essa produção se efetive. Assim, é indissociável dessa última parte do conteúdo do saneador o impulso oficial do processo em direção ao seu desfecho final. Na redação original do Código de 73 essa função de impulso do saneador era evidenciada pela obrigatória designação da audiência de instrução e julgamento. A partir da criação da audiência de conciliação, essa designação deixou de ser obrigatória, pois o legislador estabeleceu que o juiz a designaria no saneador, somente nos casos em que a considerasse necessária. Esta regra está reproduzida no artigo 342 do Projeto 8046/2010. Se o juiz tiver deferido prova oral, certamente será conveniente, desde logo, designar a audiência final de instrução e julgamento. Entretanto, se a prova deferida tiver sido apenas a pericial e a documental, talvez a audiência não venha a afigurar-se necessária, podendo o juiz postergar a decisão sobre a sua designação para momento posterior à produção dessas provas.

Inovação do projeto, que diz respeito ao impulso e que, a meu ver deve ser tratada no saneador, é a constante do inciso V do artigo 118, que confere ao juiz o poder de “alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”, fora das hipóteses de produção antecipada de provas (arts. 367 a 369). Essa disposição foi introduzida no projeto em substituição à flexibilização procedimental prevista nos artigos 107, V, e 151, § 1º, do projeto original.

Reduziu-se a flexibilização procedimental à alteração da ordem de produção dos meios de prova. A meu ver, a nova determinação tem três efeitos. O primeiro é o de

permitir que a tomada do depoimento oral das partes ou das testemunhas ocorra antes da produção da prova pericial, independentemente da urgência. Pode evidenciar-se conveniente apurar mais detidamente os fatos, antes de submetê-los ao exame pericial. Nesse caso, deverá o juiz esclarecer se a convocação sujeita ou não à parte à pena de confissão, em caso de não comparecimento ou de recusa de depor (art. 371, § 1º, do projeto), tendo em vista o já comentado inciso VIII do art. 118.

O segundo é o de permitir que, na audiência, seja alterada a ordem dos depoimentos: primeiro os das testemunhas e depois os das partes ou dos peritos; ou antes as testemunhas do réu e depois as do autor. Ou até mesclar as testemunhas de um e de outro.

O terceiro é propiciar a fragmentação da instrução probatória, colhendo inicialmente as provas sobre determinada questão prévia, preliminar ou prejudicial, para desde logo decidi-la em sentença parcial, e postergando a produção das demais provas para momento subsequente.

Parece-me que essa flexibilização seria mais apropriada se o saneador fosse proferido em audiência, pois resultaria do diálogo do juiz com as partes. De qualquer modo, impõe-se que essa alteração da ordem procedimental seja adotada em decisão fundamentada. Tudo aconselha que isso ocorra no saneador, que é o momento em que o juiz deve planejar toda a sequência da fase probatória subsequente.

## **8. A preclusão no despacho saneador.**

Se o ordenamento processual estabelece um momento próprio para que o juiz exerça a atividade de saneamento, como meio de organizar a marcha do processo e expungir-lo de vícios e irregularidades, parece inevitável que essa atividade imponha, em alguma medida, um regime de preclusões.

Para Chiovenda<sup>28</sup>, as preclusões compreendiam todos os casos em que ocorresse perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual. Às preclusões está associada a ideia de perda por ter sido ultrapassado o limite para o exercício de faculdades processuais<sup>29</sup>, havendo dois grandes campos dos atos processuais a que elas se aplicam: o dos atos das partes e o das decisões do juiz a respeito de determinadas questões, que ficam proibidos em razão da preclusão. Interessa-nos aqui, particularmente, o segundo campo, ou seja, a limitação que as preclusões impõem à apreciação ou ao reexame pelo juiz de determinadas questões.

---

<sup>28</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. São Paulo: 2ª edição, Saraiva. 1965, p.156.

<sup>29</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, A preclusão no processo civil. In **Revista Jurídica** nº 273, julho de 2000. São Paulo: Notadez Informação, p.6.

Os fundamentos das preclusões para o juiz se encontram na necessidade de alcançar rapidamente o resultado final do processo e de oferecer às partes segurança jurídica quanto à preservação dos efeitos das questões já decididas e à previsibilidade dos limites em que os poderes decisórios ainda incidirão no processo<sup>30</sup>. É inerente à ideia de processo uma sequência de atos encadeados direcionados para alcançar um fim. Se as questões decididas no seu curso puderem sempre sofrer reexame, o processo a todo momento estará sendo desviado do seu rumo, com inevitável retardamento da obtenção do seu resultado, a surpresa e a frustração das expectativas das partes.

Além disso, das decisões das questões processuais sempre as partes, ou uma delas, podem extrair algum direito subjetivo que deve ser respeitado no seu curso, salvo se eivadas de alguma nulidade irremediável, podendo ser sustentado o esgotamento do poder jurisdicional do julgador<sup>31</sup>.

As matérias decididas no saneador devem, portanto, gozar de preponderante estabilidade para assegurar a organizada e permanente continuidade do processo em direção ao seu fim, sem retrocessos que ensejem a ressurreição de questões já decididas e o conseqüente retardamento da prestação jurisdicional final.

Liebman assinalava que o direito brasileiro havia herdado do processo comum medieval a observância de uma “ordem legal necessária das atividades processuais”, que compartimentava o procedimento em uma série fixa de etapas sucessivas por meio das preclusões. Para isso, o saneador deveria precluir qualquer discussão sobre a validade ou regularidade do processo e dos atos processuais, ressalvadas as questões que o juiz pudesse decidir de ofício. E o grande mestre associava essa preclusão para o juiz à adoção pelo direito brasileiro do princípio da eventualidade, que obrigava o réu a concentrar em um só momento todas as matérias de defesa, mantido no projeto no art. 330<sup>32</sup>. A análise do mestre baseava-se no saneador criado no século XX, já como consequência da tendência à implementação de um processo bifásico<sup>33</sup>. Todavia, como

---

<sup>30</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Cosa giudicata e preclusione. In **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**, vol. III. Milano: Giuffrè. 1993, p.232: “...ogni processo, qual più qual meno, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all’esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare”. V. SICA, Heitor, ob. cit., pp. 181 e 305.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, ob. cit., pp. 14-15.

<sup>32</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Nota ao vol. III da edição brasileira das **Instituições de Direito Processual Civil** de Giuseppe Chiovenda. São Paulo: 2ª edição, Edição Saraiva. 1965, pp. 158-160. Em outro estudo (LIEBMAN, Enrico Tullio, O despacho saneador e o julgamento do mérito. In **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1947, pp.115-116), igualmente acentuara: “...o despacho saneador cumpre, em regra, sua função de entregar à audiência, isolado e livre de obstáculos, o próprio mérito da controvérsia. É quase desnecessário frisar que se perderia este resultado se o juiz pudesse reconsiderar no prosseguimento do processo as questões decididas no despacho.”

<sup>33</sup> Francesco De Santis (Riforme processuali e “disponibilità” del regime preclusivo. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LVIII. Milano: Giuffrè. 2004, p. 1260) leciona que, do ponto de vista histórico, o sistema rígido de preclusões bem se adapta a um modelo processual articulado

já verificamos anteriormente, essa não era a tradição do direito brasileiro que, desde as Ordenações Afonsinas, havia munido o juiz do amplo poder de revisão de todas as suas decisões interlocutórias. Essa maleabilidade sempre encontrou suporte na necessidade de corrigir erros *in procedendo* e erros *in judicando*<sup>34</sup>. Na vigência dos Códigos de 39 e de 73, a doutrina e a jurisprudência não se pacificaram, variando as opiniões entre dois pontos extremos, o da absoluta proibição de reexame pelo juiz da decisão de qualquer questão já decidida, até a mais ampla possibilidade desse reexame até a sentença final, com inúmeras opiniões intermediárias. O Supremo Tribunal Federal consagrou na Súmula nº 424 da sua Jurisprudência Predominante, que “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, implícita ou explicitamente, para a sentença”. Alfredo Buzaid, como Ministro da Corte Suprema, relatou em 1984 julgado em que sustentou a inaplicabilidade desse enunciado à falta de condições da ação, de pressupostos processuais, à litispendência, à coisa julgada e à perempção<sup>35</sup>:

“Para o juiz, não há preclusão da decisão de qualquer das aludidas questões, ainda quando não impugnada a decisão mediante recurso, porque a respeito delas o juiz é o *dominus litis* e a lei não quis obrigá-lo a julgar o mérito quando está evidenciada a falta de pressupostos processuais, a perempção, a litispendência, a coisa julgada e a não concorrência das condições de admissibilidade da ação. Este poder, que o Código conferiu ao juiz nos dois graus de jurisdição ordinária, não traduz tendência de procedimento inquisitorial, antes está conforme às mais modernas conquistas do direito processual contemporâneo.”

Se o art. 492 do projeto, repetindo o art. 471 do Código de 1973, pode dar a impressão de que qualquer questão apreciada pelo juiz no curso do processo deva ficar acobertada pela chamada preclusão consumativa, não podendo mais ser reexaminada pelo próprio juiz, em realidade, o que resulta da lição de Buzaid é que, ainda que em muitos casos os sistemas processuais procurem dar essa estabilidade a tais decisões e que, como regra, seja ela desejável, deve ela ser excluída categoricamente nas questões de ordem pública, porque, como observa Humberto Theodoro Júnior, a chamada preclusão *pro iudicato* “veda ao juiz reapreciar o que já decidiu em torno da matéria disponível pelos litigantes. Não aquilo que diga respeito à ordem pública”, “pois aquilo

---

em duas fases, uma dedicada à determinação do *thema decidendum* e a outra às provas dos fatos que permanecem controvertidos e que, nesse modelo, a passagem de uma fase a outra deve ser irreversível.

<sup>34</sup> MESQUITA, José Ignacio Botelho de et alii, Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*? In ASSIS, Araken de et alii, **Direito Civil e Processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p.1523.

<sup>35</sup> AgRg no Ag 95.837/GO, DJU 08.06.1984, p. 9259, citado por MESQUITA, José Ignacio Botelho de et alii, ob. cit., p.1526.

que diz respeito à legitimidade e eficácia da própria função jurisdicional tem de ser aferido sempre enquanto não proferida a decisão de mérito (CPC, art. 267, § 3º)<sup>36</sup>.

Além dessa regra geral, a questão das preclusões no saneador deve ser analisada em uma série de situações que suscitam dúvidas e que tentaremos equacionar a seguir, com particular atenção sobre as disposições do projeto de Código ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

### **8.1. As questões não apreciadas no saneador.**

Era e ainda é corriqueiro o juiz considerar a falta de uma condição da ação, como a legitimidade, intrincada com o mérito, relegando-a para apreciação na sentença final. A meu ver, esse tipo de postergação, além do comodismo, a que já tenho feito referência, resulta da inexata compreensão por parte do julgador da distinção entre condições da ação e mérito. Apesar de o exame daquelas ter de efetuar-se à luz do direito material, pela teoria da asserção não o é com base no direito material provado, mas simplesmente alegado pelo autor. Se a hipótese proposta pelo autor o habilita em tese a possuir as condições da ação, isto basta para caracterizá-las. Se o réu contesta a hipótese apresentada pelo autor, a questão não é mais de falta de condição da ação, mas de existência ou inexistência do direito do autor e, portanto, questão de mérito.

O dever do juiz de examinar no saneador praticamente todas as preliminares processuais decorre, de um lado, da natureza indisponível ou de ordem pública de grande parte dessas matérias, como a litispendência, a coisa julgada e a falta de condições da ação. O projeto, no art. 118, IX, atribui ao juiz o dever de “determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades”. E, no art. 472, § 3º, reitera a regra do atual § 3º do art. 267, que determina a sua apreciação de ofício da falta de pressupostos processuais e de condições da ação, da litispendência, da coisa julgada e da perempção. Já tive oportunidade de observar que esse dispositivo vai longe demais, porque há pressupostos processuais cuja falta constitui mera nulidade relativa, como a incompetência relativa, que normalmente o juiz não pode apreciar de ofício<sup>37</sup>. Todavia, os pressupostos processuais, cuja falta caracterize nulidade absoluta, como a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a inadequação do procedimento sumário ou especial, ao lado da litispendência, da coisa julgada, da perempção e da falta de condições da ação, o juiz deve apreciar no saneador, se não o tiver feito anteriormente, porque a validade do processo é sempre uma questão pendente, ainda que não arguida por qualquer interessado. Ou seja, o despacho saneador é o momento culminante adequado para apreciação pelo juiz das nulidades absolutas, da falta de condições da ação, das nulidades relativas arguidas pelo interessado, assim como das

---

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, ob. cit., p.17. O dispositivo do Código de 73 citado corresponde ao § 3º do art. 472 do projeto.

<sup>37</sup> GRECO, Leonardo, ob. cit., pp. 276 e 335.

proposições de provas, dos requerimentos de dilação de prazos e de alteração da ordem de produção das provas (projeto, art. 118, V), e ainda dos requerimentos de diligências e de expedição de cartas precatórias e rogatórias (art. 363); enfim, de todos os pressupostos, exceto aqueles que eventualmente a lei estabeleça que sejam julgados em decisões próprias. Esse dever resulta, de um lado, do princípio de que toda autoridade pública tem de velar pela legalidade da sua atividade; e, de outro, do direito subjetivo do réu de livrar-se, o quanto antes, de uma demanda manifestamente injusta que, por si só, lhe impõe o ônus de ter de defender-se e de suportar restrições ao pleno gozo do seu direito.

Como devem ser analisadas decisões que no saneador deixam de apreciar matérias de ordem pública ou outras quaisquer requeridas ou propostas pelas partes? José Alberto dos Reis condenava-as com severidade:

“O juiz não deve, em regra, deixar para a sentença final nem o conhecimento das exceções nem o conhecimento das nulidades; tem de conhecer de umas e de outras no despacho saneador... Porque os factos revelaram uma grande tendência, por parte dos juízes, para relegarem para a sentença questões prévias e prejudiciais que podiam perfeitamente ser resolvidas no despacho saneador: a lei da *inércia* e da *comodidade*, que tantas vezes leva a adiar para mais tarde o que pode fazer-se imediatamente”.

Mas o Autor reconhecia que muitas vezes a solução de uma dessas questões poderia depender da apuração de certos fatos ainda não esclarecidos, o que tornaria absolutamente impossível que o juiz as resolvesse no saneador<sup>38</sup>.

Examinemos algumas hipóteses. A primeira é a da decisão que, tendo a questão processual sido suscitada pela parte, explicitamente a relega para exame na sentença. Se a questão é a falta de uma condição da ação, a sua concorrência é um requisito de validade do julgamento de mérito, não de validade do processo. Se o mérito não foi antecipadamente decidido, mas o será apenas na sentença final, deve poder o réu rebelar-se desde logo contra a não apreciação da falta de condição da ação no saneador, para livrar-se do ônus a que está sendo injustamente submetido de se defender e de ter reduzido o pleno gozo do bem questionado pela demanda injusta. O projeto (art.969) não institui agravo de instrumento para impugnação desse tipo de pronunciamento do juiz. Aqui no Estado do Rio de Janeiro caberia cogitar da admissibilidade da reclamação instituída pelos arts. 219 e ss. do Código de Organização Judiciária do Estado, que em outros Estados recebeu a denominação de correição parcial. Na antiga Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51) essa reclamação estava legitimada pelo art.5º, II, que não

---

<sup>38</sup> REIS, José Alberto dos, **Código de Processo Civil anotado**, vol. III. Coimbra: 3ª ed., Coimbra editora. 1981, p.185.

foi reproduzido na nova Lei 12.016/2009. Assim, parece-me que a via de impugnação adequada da postergação, não propriamente recursal, como ato de autoridade eivado de ilegalidade, no regime do Projeto, seria o mandado de segurança. Não impugnada, ela não preclui, não só porque não precluem para o tribunal as decisões interlocutórias para cuja impugnação a lei não institui um recurso imediato (art. 963, parágrafo único do projeto), mas também porque a falta de condição da ação é matéria apreciável de ofício a qualquer tempo pelo próprio juiz (art. 472, § 3º). A decisão de não decidir, ou melhor, de postergar a resolução da questão, ainda que não estivesse em jogo matéria de ordem pública, não incidiria, pois, na proibição do art. 492 do projeto, pois a *questão* relativa à lide é a existência ou não de condição da ação, e não se isto deve ser decidido agora ou depois. Mas tal pronunciamento, apesar de omitir a apreciação de uma matéria de ordem pública, não é nulo de pleno direito, porque há garantias fundamentais do processo, como o direito à tutela jurisdicional efetiva, ao contraditório e à ampla defesa, que são indisponíveis e irrenunciáveis, mas que podem deixar de ser exercidos. O réu tem o direito de não ser molestado por uma demanda injusta. Mas, se o juiz não verificar desde logo a falta de condição da ação, nada obsta a que ele se submeta à demanda injusta na expectativa de obter uma sentença definitiva de improcedência, que o livre para sempre de voltar a ser molestado pelo mesmo autor<sup>39</sup>.

Já a concorrência dos pressupostos de validade do processo como um todo, subjetivos e objetivos (competência absoluta e imparcialidade do juiz, capacidade das partes, litispendência, coisa julgada, perempção) devem verificar-se em todos os atos e fases do processo. E os pressupostos específicos de determinados atos devem verificar-se no momento em que forem praticados. Nem uns, nem outros, podem ter a sua apreciação relegada para a sentença final, pois isso subverteria a ordem natural dos atos do processo, a menos que se trate de algum pressuposto específico da própria sentença final, como, por exemplo, se uma das partes requereu que somente a sentença final fosse proferida em segredo de justiça. Se o juiz relegar para a sentença final o exame de pressupostos processuais comuns ou específicos de atos do processo anteriores à sentença, estará criando grande insegurança jurídica e dando continuidade à prática de atos que poderão ser absolutamente inúteis, tendo de ser renovados, se incompatíveis com o que vier a ser decidido a respeito do mencionado pressuposto. No mesmo grau de jurisdição, não pode haver decisão interlocutória condicional, nem atos processuais condicionais, como não pode haver sentença condicional (art. 479, parágrafo único do projeto), a não ser no âmbito da tutela da urgência ou da evidência. Carnelutti foi categórico, na sua clássica obra sobre a teoria dos atos processuais. Em todos os provimentos, há de negar-se a possibilidade de que a sua eficácia fique submetida a uma condição voluntária. Um ato processual que fique vinculado a uma condição deve ser

---

<sup>39</sup> Daí resulta, em minha opinião, o interesse de recorrer do réu contra a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de condição da ação.

considerado nulo<sup>40</sup>. A sujeição da validade de um ato processual a evento futuro e incerto somente pode decorrer da lei ou da intervenção de uma instância superior, como ocorre, por exemplo, no incidente de recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 990 e 995 do projeto). Também José Alberto dos Reis critica o julgamento provisório e sob reserva a respeito da legitimidade das partes<sup>41</sup>. O mesmo acontece com a proposição de provas, com a dilatação de prazos, com a alteração da ordem de produção dos meios de prova ou com a solução de requerimentos de diligências. A boa e segura marcha do procedimento em direção ao seu fim interessa a todos, juiz e partes, porque confere segurança e previsibilidade às condutas de todos os sujeitos do processo<sup>42</sup>. No caso de nulidades absolutas já ocorridas e não remediadas pelo saneador omissor, inválido será o processo desde esse momento, podendo essa nulidade retroagir, se existente, desde momento anterior ao próprio saneador. Ainda que cabível agravo de instrumento contra tal saneador, como, por exemplo, na hipótese de tratar-se de questão de exclusão de litisconsorte por ilegitimidade (art. 969, VII), a postergação não preclui se não interposto tal recurso, podendo ser de ofício reexaminada, a qualquer tempo. Afasta-se a incidência do art. 492 às nulidades mais graves. Se se tratar de nulidade relativa, arguida oportunamente pela parte interessada, a postergação do seu exame não precluirá, se não previsto agravo sobre tal matéria, mas precluirá, se previsto e não interposto. Em qualquer caso, poderão tais questões ser reexaminadas pelo juiz em razão de fatos ou de direitos supervenientes.

Nas omissões puras, ou seja, no simples silêncio do saneador a respeito de matérias sobre as quais deveria ter-se pronunciado, a saber, matérias releváveis de ofício e aquelas que foram explicitamente submetidas pelas partes ao juiz, cumpre apurar, em primeiro lugar, se não foram elas implicitamente decididas pelo saneador como um todo. Parece-me que se o réu expressamente arguiu a questão na contestação e o juiz declarou saneado o processo, deve reputar-se rejeitada a preliminar por tal decisão. A possibilidade de reexame posterior dessa decisão dependerá, para o próprio juiz, de tratar-se de matéria de ordem pública. Se não houve arguição de qualquer das partes, ainda que se trate de matéria de ordem pública, que incumbia ao juiz examinar de ofício, não se pode ver caracterizado o indeferimento implícito pela simples omissão. É a solução do código português no art. 510º, já citado. Botelho de Mesquita noticia que, não obstante a Súmula 424, o Supremo Tribunal Federal adotara o entendimento de que “não se pode considerar matéria preclusa matéria não decidida”<sup>43</sup>. Não é razoável

---

<sup>40</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Sistema de derecho procesal civil**, volume III. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, pp. 542-543.

<sup>41</sup> Ob. cit., p.186.

<sup>42</sup> Acima, quando tentamos delimitar o âmbito das nulidades absolutas, incluímos na enumeração dos princípios imperativos do processo civil (nota 21) um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público.

<sup>43</sup> Ob. cit., p.1527.

presumir que o juiz tenha exercido cognição sobre todas as matérias que lhe incumba examinar de ofício, se ninguém o alertou para a ocorrência de uma nulidade absoluta<sup>44</sup>.

## 8.2. *As decisões não imediatamente recorríveis.*

O art. 492 do projeto reitera a regra, constante do atual art. 471, de que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide. Estou interpretando esse dispositivo em consonância com a doutrina mais acatada, traduzida no voto de Alfredo Buzaid acima referido, segundo o qual esse dispositivo não se aplicaria às matérias de ordem pública<sup>45</sup>, assim como a fatos ou direitos supervenientes, que poderiam provocar a reapreciação de questões anteriormente decididas, pelo mesmo juiz antes da sentença final ou nela mesma. Entretanto, o projeto não contém disposição expressa que preveja essa reapreciação. No art. 963, parágrafo único, limita-se a dispor que “as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.” Por esse dispositivo, poder-se-ia supor que inexistiria preclusão para o reexame de ofício dessas questões apenas pelo tribunal a que estiver submetido o juiz em grau de recurso, o que não significaria necessariamente que a igual preclusão não estivesse sujeito o próprio juiz de primeiro grau. A meu ver, esse entendimento, que é adotado pela atual legislação espanhola<sup>46</sup>, entre nós não se sustenta, porque imporia ao juiz o dever de praticar conscientemente no processo atos absolutamente nulos, pois a nulidade dos atos antecedentes contamina os consequentes (art. 256 do projeto), desvirtuando o sentido teleológico que deve inspirar a sua conduta, na expectativa de que algum prejudicado viesse a final a recorrer da sentença para obter a anulação de todo o processo, quando está ao seu alcance desde logo regularizá-lo e redirecioná-lo de modo adequado para que, com a maior rapidez e economia, atinja a sua finalidade.

Marinoni e Mitidiero<sup>47</sup> incluem no saneador a decisão sobre a inversão ou a dinamização do ônus da prova. Trata-se de decisão irrecorrível, prevista no art. 358 do projeto que, em minha opinião, integra o rol das questões de ordem pública, porque diz respeito à paridade de armas e à plenitude de defesa, que a qualquer tempo poderá ser objeto de revisão pelo juiz.

Quanto às questões que não são de ordem pública, como nulidades relativas, se sobre elas se pronunciou o juiz em decisão interlocutória como o saneador, após terem

---

<sup>44</sup> A solução dessa questão está longe de ser pacífica na doutrina brasileira. Raquel Heck Mariano da Rocha (**Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2011, pp.136-139) cita opiniões, entre outros, de José Frederico Marques, Liebman, Calmon de Passos, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira e Galeno Lacerda, concluindo que a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais repudia a ideia de decisão implícita.

<sup>45</sup> V. ROCHA, Raquel Heck Mariano da, ob. cit., pp.128-129.

<sup>46</sup> V. art. 207 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>47</sup> Ob. cit., p.122.

sido regularmente suscitadas pela parte interessada, ficarão preclusas se não impugnadas por agravo<sup>48</sup> e, se não houver recurso cabível, ficarão preclusas para o juízo de primeiro grau, mas não para o tribunal, se renovadas como preliminares de futura apelação (art. 963, parágrafo único). Esse será o alcance da disposição do art. 492 do projeto. Entretanto, é preciso sempre fazer a ressalva de que o juiz de primeiro grau sempre pode rever a sua decisão, na medida em que for omissa, obscura ou contraditória, até mesmo para modificá-la, se o prejudicado tiver interposto embargos de declaração, com fundamento no art. 976 do projeto.

### **8.3. As decisões recorríveis e a hipotética preclusão hierárquica.**

Com certa frequência, decisões do primeiro grau de jurisdição são impugnadas por meio de agravo de instrumento ou apelação e reformadas pelo tribunal de segundo grau, que determina a continuidade do processo sob a égide do seu pronunciamento sobre elas. Se não são questões de ordem pública, não poderá mais o juízo de primeiro grau voltar a examiná-las, prevalecendo em definitivo o entendimento do tribunal superior. Entretanto, há questões de ordem pública, assim como há outros tipos de questões, como a concessão ou cassação de tutelas de urgência, que podem vir a sofrer influência de fatos ou provas supervenientes.

Pergunta-se se o juiz de primeiro grau estaria impedido de voltar a examiná-las posteriormente, proferindo decisão em sentido contrário ao do pronunciamento do tribunal. Invoca-se, para responder negativamente a essa indagação, uma hipotética preclusão hierárquica, como o faz Humberto Theodoro Jr, invocando sólida doutrina<sup>49</sup>. O juiz de primeiro grau, com a interposição do recurso contra a sua decisão, teria perdido competência para voltar a pronunciar-se sobre ela.

Não tenho dúvida de que a primitiva decisão do juiz de primeiro grau foi substituída pela decisão do tribunal em decorrência do efeito devolutivo do recurso interposto, e nesse preciso momento, com base na cognição exercida nas duas instâncias, a decisão deste último deve prevalecer e ser respeitada pela instância de origem. Entretanto, o processo é uma série de atos encadeados, dependentes uns dos outros. Assim, a nulidade absoluta de um ato antecedente, ainda que considerado válido

---

<sup>48</sup> Parece-me que a essas questões, decididas com recurso cabível, mas não interposto, se referiu Humberto Theodoro Júnior quando afirmou: “se a questão decidida, sem recurso da parte, envolvia matéria *disponível*, haverá preclusão, não podendo o tema ser reapreciado (ex.: requerimento de prova denegado, cerceamento de defesa, pedido de devolução de prazo por embargo judicial não acolhido etc.” (ob. cit., p.18). No sistema do projeto em exame nenhuma dessas decisões é recorrível, daí se extraindo a conclusão adotada acima de que haverá preclusão para o juiz de primeiro grau, mas não para o tribunal por ocasião do julgamento da apelação.

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto ( ob. cit., p.18) faz referência a opiniões nesse sentido de Chiovenda, Liebman, Frederico Marques e Celso Agrícola Barbi. Da mesma opinião são Raquel Heck Mariano da Rocha (ob. cit., pp. 152-154) e Heitor Vitor Mendonça Sica (ob. cit., pp. 222-223). Este último sustenta que a desobediência à preclusão hierárquica enseja reclamação.

pelo tribunal, contaminará de nulidade todos os atos subsequentes dele dependentes. Se o juiz deve velar permanentemente pela validade e regularidade de todo o processo, não estará ele impedido de voltar a pronunciar-se sobre essa questão, ainda que em sentido oposto ao entendimento do tribunal superior, desde que novas circunstâncias fáticas ou jurídicas se apresentem à sua consideração, que não tinham sido objeto da cognição de que resultou a decisão do tribunal, porque o recurso anterior transferiu o poder jurisdicional apenas naquele momento com base nos elementos até então considerados, para o tribunal de segundo grau. Este substituiu a decisão recorrida do juiz de primeiro grau, que retomou, em seguida, a sua condição de juiz natural da causa. Na sequência, o juiz de primeiro grau retomou plenamente o seu poder de direção do processo, que lhe impõe o dever de velar pela sua validade e regularidade, inclusive de todas as suas futuras decisões. Esse poder de reexame se impõe se novas circunstâncias de fato ou de direito ou novas provas possam justificar uma nova decisão. Quanto às condições da ação, se a sua existência deve concorrer no momento da sentença final, como já observei acima, até esse momento, diante de novas circunstâncias, pode o juiz constatar a sua inexistência, ainda que sobre esse ponto exista decisão anterior de tribunal superior.

Por isso, me parece absolutamente censurável o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consagrado na súmula 626, de que a suspensão de liminar em mandado de segurança impede ulterior concessão de tutela de urgência e a própria execução provisória da sentença definitiva que a contrarie, a não ser a partir do trânsito em julgado da decisão. Nesse caso, toda a cognição posterior à suspensão da liminar, exercida pelo juiz competente, não pode ficar frustrada pela redução dos poderes do juiz de primeiro grau no pleno exercício de sua competência. O enunciado da súmula deixa claro que a decisão do Presidente do Tribunal prevalece, apesar da cognição unilateral e incompleta em que se baseou. Cabe aqui o mesmo argumento já utilizado a respeito da remessa necessária. Se o juiz de primeiro grau fica privado do poder de conceder a tutela de urgência e de executar as suas decisões, mesmo sujeitas a recurso sem efeito suspensivo, então ao impetrante deve ser assegurado o acesso direto e imediato ao juiz ou tribunal competente para assegurar-lhe a tutela jurisdicional efetiva do seu direito. Se esse juízo é o presidente do tribunal que concedeu a suspensão da liminar, perante ele ou perante o respectivo tribunal o processo deveria ter continuidade e a ele deveria caber a prolação de todas as subsequentes decisões. Se a causa segue em plenitude na competência do juízo que proferiu a liminar que foi cassada, ele deve estar apto a exercer a jurisdição com todos os poderes a ela inerentes, inclusive a concessão da tutela de urgência, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

#### **8.4. A preclusão no deferimento ou indeferimento de provas.**

Já mencionamos que um dos elementos do despacho saneador consiste na admissão das provas propostas pelas partes ou determinadas de ofício pelo juiz.

Normalmente, a prova pericial, a prova testemunhal e os depoimentos pessoais das partes são deferidos no saneador. O deferimento de provas no saneador ocorre porque o juiz reconhece que há controvérsia sobre a verdade fática, cujo esclarecimento é imperioso para o julgamento da causa. Pode o juiz nesse momento deferir ou determinar apenas algumas provas e não outras. Isso não o impedirá de posteriormente, em qualquer momento do processo, vir a deferir ou determinar de ofício a produção de provas que indeferiu no saneador, com fundamento no art. 354 do projeto. Não há, portanto, preclusão para o juiz, que o impeça de determinar posteriormente a produção de outras provas, além das que deferiu ou determinou no saneador.

Entretanto, não me parece que o juiz, que no saneador deferiu uma determinada prova, possa posteriormente rever esse deferimento, dispensando a produção de prova já admitida. A avaliação da necessidade ou utilidade da prova no momento da sua admissão não permite que a prova seja posteriormente dispensada no mesmo grau de jurisdição, porque isso violaria o direito da parte de defender-se provando<sup>50</sup>, a não ser se o sujeito, que a requereu, abrir mão da sua produção ou, no caso de não comparecimento da testemunha que a parte se comprometeu a levar à audiência independentemente de intimação (art. 441, § 2º, do projeto). Observe-se que o projeto, a meu ver corretamente, não reproduziu a regra da parte final do parágrafo único do art. 407 do Código vigente, que permite ao juiz dispensar testemunhas se a parte tiver arrolado mais de três para a prova de cada fato. Não pode também o juiz, depois de deferida determinada prova, dispensá-la porque entendeu que outra já comprovou suficientemente determinado fato. A parte que teve deferida prova por ela requerida tem, a meu ver, direito adquirido a produzi-la, eis que o juiz de primeiro grau não é o único destinatário das provas. As provas que o convenceram podem não convencer o tribunal de segundo grau. Pode também a parte pretender com a nova prova desmentir a verdade fática apresentada pelas provas anteriormente produzidas.

Como o deferimento das provas no saneador não é imediatamente agravável, pode a matéria ser reapreciada pelo tribunal como preliminar da apelação (art. 963, parágrafo único do projeto). Há preclusão para o juiz de primeiro grau, não para o juízo da apelação.

Cada uma das partes pode desistir das provas que requereu, embora já deferidas, assim como pode o juiz dispensar a produção de provas que determinou de ofício. Parece-me, entretanto, que há um caso em que essa liberdade deve sofrer limitações. Refiro-me à prova pericial, requerida por uma das partes ou determinada de ofício pelo juiz. Se a parte que não requereu a produção da prova formulou quesitos ou se o perito iniciou o trabalho pericial (art. 431-A atual e 458 do projeto), o que normalmente ocorre depois de arbitrados e depositados os seus honorários, já não pode mais a parte, que requereu a perícia, ou o juiz que a determinou de ofício, dispensá-la. A perícia deferida

---

<sup>50</sup> No mesmo sentido, ROCHA, Raquel Heck Mariano da, ob. cit., p.145.

criou para a parte que não a requereu expectativa de desenvolvimento do processo que pode tê-la influenciado a requerer ou a deixar de requerer outras provas, a praticar ou a deixar de praticar outros atos, frustrando a previsibilidade de que deve revestir-se a marcha do procedimento.

#### **8.5. A preclusão das decisões de mérito proferidas no saneador.**

O nosso sistema processual não tem admitido, exceto em certos procedimentos especiais, como o da ação de prestação de contas (arts. 535 a 539 do projeto), a fragmentação do julgamento do mérito da causa em decisões sucessivas, porque as regras do procedimento das ações de conhecimento determinam a instrução simultânea de todas as questões de fato e de direito, ainda que algumas constituam pressupostos do acolhimento de outras. O projeto ora examinado acena com a possibilidade do que se tem denominado de *sentença parcial*, quando, no art. 118, inciso V, confere ao juiz o poder de “alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”. Também prevê o projeto a prolação de decisões interlocutórias de mérito, recorríveis por agravo de instrumento (art. 969, inciso II). Ficará, portanto, o juiz autorizado a instruir separadamente a questão prejudicial, decidindo-a através de decisão interlocutória, e prosseguindo com os demais atos instrutórios para preparar o julgamento final do pedido.

Também no saneador pode o juiz considerar-se apto a resolver determinadas questões de direito material, nos casos de tutela de urgência ou da evidência, sem encerrar o processo ou a sua fase cognitiva. A tutela de urgência poderá ser sempre revogada ou modificada pelo próprio juiz, independentemente da alteração das circunstâncias fático-jurídicas que a determinaram (art. 283 do projeto), “exceto quando um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”. Não me parece conveniente esta última ressalva, pois sempre a tutela de urgência terá resultado de cognição sumária, mantendo a sua instrumentalidade, ainda que antecipatória, em relação ao pedido principal, o que, a meu ver, deve impedir a sua sobrevivência em caso de improcedência do pedido principal ou de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 284, inciso III). Essa, aliás é a solução do código italiano (art. 186-bis, n.3)<sup>51</sup>. Também a tutela da evidência, apesar de não prevista expressamente no projeto a sua revogabilidade, parece-me inerente à cognição não exaustiva de que resulta tal provimento, salvo na decisão de pedido incontroverso (art. 278, II), que a meu ver merece a mesma crítica feita a hipótese análoga de tutela de urgência.

---

<sup>51</sup> MANDRIOLI, Crisanto, **Diritto processuale civile**, vol. II, atualizado por Antonio Carratta. Torino: 21ª ed., G. Giappichelli. 2011, pp. 112 e ss.

Já eventual julgamento antecipado de parte do mérito no saneador, salvo se impugnado por agravo de instrumento (art. 271, parágrafo único, e art. 969, inciso II), que deverá ter resultado de cognição exaustiva, não poderá ser reapreciada pelo juiz de primeiro grau até a sentença final pela preclusão *pro iudicato*, aderindo à coisa julgada ou ao seu efeito preclusivo que decorrerão da sentença final de mérito.

#### **8.6. Preclusão e erros materiais.**

Dispõe o art. 481 do projeto que as inexatidões materiais da sentença poderão ser corrigidas de ofício, a qualquer tempo, pelo juiz, reproduzindo dispositivo idêntico do Código atual (art. 463). Essa é uma regra que se aplica a qualquer decisão judicial e, portanto, também ao despacho saneador. Por inexatidão ou erro material entende-se o erro de exteriorização ou de confecção material da decisão, que não suscita qualquer dúvida sobre o seu conteúdo<sup>52</sup>.

#### **9. Reflexo do saneador sobre a rescindibilidade da sentença final de mérito transitada em julgado.**

É usual a afirmação de que os efeitos das decisões interlocutórias e as preclusões que delas decorrem exaurem os seus efeitos apenas no interior do processo em que foram proferidas<sup>53</sup>. Assim, em princípio, as questões nelas apreciadas não deveriam afetar a validade da sentença final de mérito, nem ensejar ação rescisória. Entretanto, a amplitude tradicional dos fundamentos da ação rescisória, por violação de lei, mantida no projeto sob o rótulo de *violação manifesta a norma jurídica* (art. 919, inciso V), possibilita, como tem-se entendido na exegese dos dispositivos que lhe correspondem nos Códigos anteriores, a propositura dessa ação tanto por violação de norma de direito material, quanto de direito processual. Assim, questões decididas no saneador, na medida em que possam refletir no conteúdo da sentença final de mérito, podem também ensejar a rescisão do julgado. Se forem questões que tenham sido decididas com violação de normas de ordem pública, ou se forem questões dessa natureza sobre as quais o saneador tenha se omitido, sem nenhuma dúvida, poderão constituir fundamento da rescisão da sentença final. Se se tratarem de questões disponíveis, parece-me, entretanto, que terão ficado definitivamente sepultadas dentro do processo em que foram ou deveriam ter sido proferidas: a) se não suscitadas pelo interessado na primeira oportunidade para falar nos autos (art. 251 do projeto); e b) se o interessado não impugnou a respectiva decisão por meio dos sucessivos recursos previstos na lei processual.

Também poderão constituir fundamentos de rescisão as questões de mérito decididas no despacho saneador, como a prescrição, independentemente do esgotamento

---

<sup>52</sup> V. GRECO, Leonardo, ob. cit., pp.342-343.

<sup>53</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, ob. cit., p. 19.

dos recursos cabíveis para a sua impugnação, em razão do efeito preclusivo da coisa julgada, previsto no art. 495 do projeto<sup>54</sup>.

Entretanto, ainda que relativa a nulidade da decisão, se o prejudicado a tiver impugnado por todos os recursos sucessivamente cabíveis até o trânsito em julgado da sentença final, parece-me que poderá constituir fundamento de ação rescisória, com suporte no referido inciso V do art. 919 do projeto.

### **10. Considerações finais.**

A reflexão aqui empreendida não exaure o tema. Muitas questões aqui mencionadas mereceriam ser aprofundadas. Outras, não referidas, têm chamado a atenção da doutrina, especialmente no debate em torno da ampliação do espaço de autonomia das partes no processo de inspiração predominantemente publicista, como tem sido o nosso: a possibilidade de transação, que afaste a preclusão, a renunciabilidade da preclusão, o respeito às preclusões na modificação do procedimento ou da competência, a prorrogação de prazos peremptórios já esgotados<sup>55</sup>, os limites da preclusão do saneador nas instâncias recursais.

Se, do ponto de vista dogmático, o projeto não se afasta substancialmente das diretrizes consolidadas na doutrina e na jurisprudência brasileiras dominantes, em dois aspectos me parece que haverá uma perda qualitativa que poderá ser prejudicial à eficiência do sistema processual: de um lado, a forma exclusivamente escrita do despacho saneador, com todos os desacertos que daí decorrerão na cooperação necessária entre as partes e o juiz quanto aos rumos que o processo deverá seguir na fase subsequente; de outro lado, a recorribilidade do despacho saneador apenas quanto a algumas das questões nele apreciadas (tutelas de urgência e da evidência, decisões de mérito, rejeição de alegação de convenção de arbitragem, decisão sobre gratuidade de justiça, etc., segundo o art. 969) e não quanto a outras (rejeição da carência da ação, fixação dos pontos controvertidos, admissão ou inadmissão de provas, acolhimento ou rejeição da arguição de incompetência), o que poderá provocar a continuidade do processo eivado de nulidade, cuja decretação posterior acarretará a inutilização de todos os atos praticados ou de muitos deles. Ademais, a concorrência no mesmo saneador de partes agraváveis e de outras não agraváveis certamente provocará um reexame

---

<sup>54</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça, ob. cit., pp. 203-204.

<sup>55</sup> V., em especial, DE SANTIS, Francesco, *Riforme processuali e “disponibilità” del regime preclusivo*. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LVIII. Milano: Giuffrè. 2004, pp. 1257-1283; BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio*. In BANACLOCHE PALAO, Julio et alii, **El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Navarra: 2ª ed., Civitas Thomson Reuters. 2009, pp. 283-344; e, na mesma obra coletiva, VALLINES GARCÍA, Enrique, *El acto de celebración de la audiencia previa al juicio*, pp. 346-446.

fragmentado do tribunal sobre essa importante decisão, que poderá ter reflexos negativos na ordenação da futura marcha do processo.

Espero que estes comentários possam de algum modo contribuir para o debate e, se possível, a compreensão e o aperfeiçoamento do projeto.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2011

### Referências Bibliográficas:

- BANACLOCHE PALAO, Julio, Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio. In BANACLOCHE PALAO, Julio et alii, **El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Navarra: 2ª ed., Civitas Thomson Reuters. 2009.
- BAPTISTA, José João, **Processo civil I – Parte Geral e Processo Declarativo**. Coimbra: 8ª ed., Coimbra Editora. 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: **Temas de Direito Processual**. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BÜLOW, Oskar von, **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE. 1964.
- BUZAID, Alfredo, Do despacho saneador. In: **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva. 1972.
- BUZAID, Alfredo, Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil (1964). In **Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 1967.
- CAMPOS, Francisco, Exposição de Motivos do Ministro da Justiça. In **Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 1967.
- CAPPELLETTI, Mauro, **Procédure Orale et Procédure Écrite**. Milano: Giuffrè. 1971.
- CARNELUTTI, Francesco, **Sistema de derecho procesal civil**, volume III. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Cosa giudicata e preclusione. In **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**, vol. III. Milano: Giuffrè. 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. São Paulo: 2ª edição, Saraiva. 1965.
- DE SANTIS, Francesco, Riforme processuali e “disponibilità” del regime preclusivo. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LVIII. Milano: Giuffrè. 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Malheiros. 1995.

- DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma da reforma**. São Paulo: 6ª edição, Editora Malheiros. 2003.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, volume I. Rio de Janeiro: 3ª edição, Forense. 2011.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Nota ao vol. III da edição brasileira das **Instituições de Direito Processual Civil** de Giuseppe Chiovenda. São Paulo: 2ª edição, Edição Saraiva.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, O despacho saneador e o julgamento do mérito. In **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1947.
- MANDRIOLI, Crisanto, **Diritto processuale civile, vol. II**, atualizado por Antonio Carratta. Torino: 21ª ed., G. Giappichelli. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, **O projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de et alii, Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*? In ASSIS, Araken de et alii, **Direito Civil e Processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.
- MURRAY, Peter L. e STÜRNER, Rolf, **German Civil Justice**. Durham: Carolina Academic Press. 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2009.
- REIS, José Alberto dos, **Código de Processo Civil anotado**, vol. III. Coimbra: 3ª ed., Coimbra editora. 1981.
- ROCHA, Raquel Heck Mariano da, **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2011.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça, **Preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Atlas. 2006.
- TARUFFO, Michele, Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. In: **Páginas sobre justicia civil**, cap. 9. Madrid: ed. Marcial Pons. 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, A preclusão no processo civil. In **Revista Jurídica** nº 273, julho de 2000. São Paulo: Ed. Notadez Informação.
- VALLINES GARCÍA, Enrique, El acto de celebración de la audiencia previa al juicio, .
- VARANO, Vincenzo, **Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna**. Milano: Giuffrè. 1973.



## PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL TERATOLÓGICO: PRESSUPOSTO PARA O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA?<sup>1</sup>

*Leonardo Oliveira Soares.*

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga(MG) FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.

**Resumo:** No artigo, analisa-se, criticamente, o entendimento jurisprudencial brasileiro segundo o qual o pronunciamento jurisdicional deve revestir-se de atributo específico para ensejar o cabimento de mandado de segurança. Para tanto, foi considerada a disciplina vigente, no direito pátrio, ao propósito do recurso de agravo.

**Resumen:** En el artículo, es analizado, críticamente, el entendimiento de los tribunales brasileños según el cual la decisión judicial debe presentar cualidad específica para autorizar la utilización de *mandamus*. Para tanto, fue considerada la disciplina vigente, en el derecho brasileño, en relación al recurso de agravo.

**Palavras-chave:** devido processo legal, recurso, inconstitucionalidade material, mandado de segurança.

**Palabras clave:** debido proceso legal, recurso, inconstitucionalidad material, *mandamus*.

**Sumário:** 1-Introdução. 2-Inconstitucionalidade material da decisão que converte agravo de decisão liminar. 3-Atributo específico do pronunciamento jurisdicional como pressuposto para o cabimento do mandado de segurança. 4-Ainda sobre o atributo específico do pronunciamento jurisdicional. 5-Conclusões. Referências bibliográficas.

*“...quando o recurso previsto em lei não se mostrar apto a evitar a lesão do direito e o conseqüente dano, é legal, constitucional e jurídico que o indivíduo procure no arsenal do direito um outro meio que impeça o perecimento do direito e o dano ao seu patrimônio. E esse outro meio pode perfeitamente ser o mandado de segurança..”*  
(Celso Agrícola Barbi).

---

<sup>1</sup> Artigo originariamente publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*. n 89. São Paulo: Dialética, ago. 2010. Texto revisto, corrigido e acrescido.

## 1. Introdução:

Considerando-se que o projeto de CPC (PLS 166/2010, atualmente em tramitação legislativa na Câmara dos Deputados, PL 8.046/2010) exclui a previsão de agravo retido e restringe, sobremodo, o cabimento do agravo de instrumento, poderá ser dito que o tema em exposição deixará, em breve, de revestir-se de importância. Ao que se responde que a teoria do isolamento dos atos processuais (art. 1211 do CPC) e os milhares de processos, hoje, em tramitação, acabam por enfraquecer a objeção.

De outro lado, o que, agora, diz-se quanto ao cabimento do mandado de segurança, poderá ser aproveitado nas situações em que a irrecorribilidade imediata das interlocutórias<sup>2</sup>, consagrada no PLS 166/2010, certamente levará (*rectius*: poderá levar) à utilização do remédio constitucional em apreço.

Pois bem. Diante da crescente valorização dos precedentes no direito brasileiro, não menos que a verificada nos alienígenas, será dado ao texto enfoque metodológico, digamos, crítico/analítico, considerado o entendimento jurisprudencial majoritário a respeito da disciplina normativa vigente do recurso de agravo.

Assim, a partir de respeitáveis decisões proferidas respectivamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais examina-se se o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial reclama preenchimento de pressuposto específico não previsto em lei, a saber: voltar-se contra pronunciamento jurisdicional teratológico.

Pontua-se que não serão objeto de análise os pressupostos legais da ação mandamental, os quais, segundo autorizada doutrina<sup>3</sup>, subdividem-se em constitucionais (art. 5º, LXIX), previstos no CPC e dispostos em lei especial (agora lei n.º 12.016/09).

A discussão levará em conta o pronunciamento jurisdicional que converte (indevidamente) agravo de decisão que aprecie requerimento de provimento satisfativo ou cautelar.

Salienta-se, por fim, que não se busca com o texto incentivar a utilização indiscriminada do mandado de segurança.

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, vide SOARES, Leonardo Oliveira. A relação “necessária entre recurso de agravo e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *RePro* 191/127-144, jan. 2011.

<sup>3</sup> GONCALVES, Aroldo Plínio. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61 e ss.

Bem ao contrário, olhar mais acurado levará ao objetivo almejado, e que é precisamente o oposto: afastar a utilização do remédio constitucional, desde quando respeitado o princípio constitucional do devido processo legal.

Por outras palavras: o problema versado envolve antes a atividade do aplicador (julgador) que a lei<sup>4</sup> abstratamente considerada.

## **2. Inconstitucionalidade material da decisão que converte agravo de decisão liminar.**

Sabe-se que o sistema pátrio possibilita ao autor requerer, a título provisório, decisão antecipatória<sup>5</sup> de efeitos da tutela pretendida na inicial.

De ordinário, a antecipação ocorrerá sob a forma de decisão interlocutória agravável. Diz-se isso porque nada impede que haja antecipação ao ser proferida sentença, ou mesmo na fase recursal. Fique-se, porém, com a situação mais comum no dia a dia do foro. Em vista do que dispõe o CPC, não fica excluída de antemão a possibilidade de o agravo então interposto vir a ser convertido. E, nos termos do art. 527, § único do CPC, dita decisão será irrecorrível.

A respeito do tema, em recente publicação, deixou-se registrado<sup>6</sup>:

*“Realmente, o critério decisivo para que se admita a conversão reside precisamente na preservação de utilidade do recurso então interposto. Assim, se o direito ao reexame de decisões jurisdicionais se constitui em desdobramento do devido processo legal e, mais, se há previsão legal de recurso, a incompatibilidade com o texto constitucional estará antes na decisão que converte o agravo, esvaziando-lhe o objeto, que no dispositivo legal que autoriza a conversão. Melhor dizendo, que no dispositivo que veda a recorribilidade dessa decisão. Ou seja, a partir do caso concreto,*

---

<sup>4</sup> Em votação no Senado, a chamada flexibilização procedimental, prevista no PLS 166/2010, restou afastada. A supressão se nos apresentou correta, tendo em conta que não haverá recurso, de imediato, das tantas decisões interlocutórias por meio das quais o procedimento passará a ser construído casuisticamente e que, fatalmente, acabará por desencadear a impetração do remédio constitucional em destaque no texto. Inconveniente para o qual chamamos a atenção em outro trabalho intitulado O prazo prescricional das ações (pretensões indenizatórias) propostas contra o Poder Público do Estado Democrático de Direito brasileiro, in *RePro* 195/137-158, maio 2011. O ponto ora tratado encontra-se às páginas 139 e 140 de aludido estudo.

<sup>5</sup> Na sempre judiciosa lição de BARBOSA MOREIRA, a tutela antes que sujeito é objeto da decisão antecipatória. Daí se afigura correto dizer tutela antecipada e decisão antecipatória. Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas. *Temas de Direito Processual* - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.78

<sup>6</sup> SOARES, Leonardo Oliveira. Isonomia processual: condição *sine qua non* para a efetividade material do processo? *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 85. São Paulo: Dialética, mar. 2010, p. 41.

*poder-se-á falar de inconstitucionalidade, mas sempre da decisão que torne, por via oblíqua, irrecurável o pronunciamento judicial”.*

Bem verdade que o artigo autoriza ao Relator reconsiderar sua decisão.

No entanto, não parece razoável concluir que o legislador previu o cabimento de recurso denominado pedido de reconsideração para decisão por ele rotulada de irrecurável.

Dessa maneira, afirma-se que será ilegal (inconstitucional) o pronunciamento irrecurável que converta agravo de decisão que aprecie requerimento de medida de urgência.

Explica-se. Acolhido o pedido, a decisão antecipatória terá produzido efeitos, agora irradiados da sentença.

Não haverá, portanto, no mundo jurídico, pronunciamento provisório a ser reapreciado preliminarmente em sede de apelação (art. 523, § 1º do CPC).

Por outro lado, na hipótese de o pedido ser julgado improcedente, a interposição de apelação não irá ressuscitar<sup>7</sup> a decisão (provisória) então cassada, ao argumento de que o recurso deve ser recebido no duplo efeito, sob pena de a cognição exauriente ser preterida em proveito da sumária<sup>8</sup>.

Apoiado no que se acaba de dizer, sustenta-se que, no âmbito das medidas satisfativas e cautelares, tão-só por meio de mandado de segurança poder-se-á combater a indevida e inconstitucional decisão conversiva.

Haverá aí peculiaridade digna de nota, por se tratar de questionamento de decisão jurisdicional<sup>9</sup>? É o que se passa a responder.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, a lição de FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I, p. 804-805.

<sup>8</sup> Excepcionalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, pode cogitar-se de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ou, se preferir, de manutenção da decisão liminar (*rectius*: seus efeitos) até que se julgue a apelação, sob pena de o direito do autor perecer. A respeito, confira-se ARAÚJO. José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. Atualizado com a lei n.º 12.016/09 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 135-136.

<sup>9</sup> Salvo melhor juízo, o fato de a nova lei que disciplina o procedimento do mandado de segurança estabelecer o cabimento do remédio constitucional de decisão judicial cujo recurso previsto em lei não seja dotado de efeito suspensivo não interfere no ponto (art. 5, inc. II da Lei n.º 12016/09). De fato, pois, o que autoriza a impetração é exatamente a irrecurribilidade do pronunciamento que converte o agravo, não a ausência de efeito suspensivo a recurso (inexistente, no caso). A respeito do não cabimento de recursos (especial, extraordinário e mesmo o denominado agravo regimental), vide nosso artigo intitulado Eficácia Dúplice do direito de ação no âmbito recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*. n 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

### **3. Atributo específico do pronunciamento jurisdicional como pressuposto para o cabimento de mandado de segurança.**

Em julgamento datado de 24 de setembro de 2008, a egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou a tese versada no item anterior. Cuidava o caso de impetração originária para afastar decisão que convertera agravo de liminar que, em mandado de segurança, suspendera a exigibilidade de crédito tributário. A decisão<sup>10</sup> se apoiou em 3 pontos, a saber: a) a regra agora é a interposição retida; b) não havia direito líquido e certo a ser tutelado, já que o caso demandava dilação probatória e; c) somente atos judiciais teratológicos desafiam mandado de segurança, não devendo este ser empregado como panacéia para todos os males e muito menos como sucedâneo recursal<sup>11</sup>.

Haja vista que interessa de perto ao artigo o item c), examinam-se em rápidas passadas os dois primeiros pontos.

Quanto ao primeiro fundamento, concluiu-se que bastaria a reiteração das razões de agravo no momento oportuno, pois a regra agora é a interposição retida. Ora, considerando-se que a decisão liminar (provisória) deixaria de ter existência jurídica com a decisão final (sentença), não haveria objeto<sup>12</sup> ao recurso de agravo então convertido. Ou seja, a conversão acabou por tornar inócuo o recurso sem que o mérito recursal<sup>13</sup> houvesse sido julgado<sup>14</sup>. Sobre o ponto, registra-se trecho do voto vencido

---

<sup>10</sup> Por maioria de votos, denegou-se o pedido (autos n.º 1.0000.07.463986-5/000). Acórdão publicado em 05 de dezembro de 2008, Rel. Des. Brandão Teixeira. Em recente decisão, no julgamento de apelação, o egrégio TJMG reformou a sentença proferida nos autos em que ocorrera o deferimento de liminar e, com isso, afastou a suspensão de exigibilidade do crédito tributário (autos n.º 1.0313.07.230270-3/003, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Nepomuceno Silva, Dje 12/01/2010).

<sup>11</sup> Em decisão proferida pela Corte Especial do STJ (RMS 25934, j. 27/09/2008, DJ 09/02/2009, Rel. Min. Nancy Andrighi), rejeitou-se expressamente a tese de que o emprego do mandado de segurança para afastar a conversão corresponderia a utilizá-lo como sucedâneo recursal. Precisamente porque irrecorrível a decisão conversiva.

<sup>12</sup> Ao propósito, consulte-se recente decisão da egrégia 3ª Câmara Cível do TJMG, que recebeu a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR - JULGAMENTO DO MÉRITO - PERDA DO OBJETO DO RECURSO. Proferida a sentença nos autos do mandado de segurança na primeira instância, o recurso de agravo de instrumento que visava à cassação da liminar, perde o objeto. Acolhe-se a preliminar de perda de objeto suscitada pela Procuradoria de Justiça. Recurso prejudicado. Autos n.º: 1.0313.09.289725-2/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. 08/04/2010, DJe 16/04/2010.

<sup>13</sup> Sobre o tema, consulte-se ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 459.

<sup>14</sup> Não se pode deixar de registrar que, no julgamento do mandado de segurança (autos n.º 1.0000.07.463986-5), citou-se ementa de acórdão que fora proferido antes da entrada em vigor da lei n.º 11.187/05. Ou seja, quando ainda passível de recurso (agravo inominado) a decisão de conversão do agravo de instrumento. Por fim, registra-se que a posição da eminente jurista Tereza Arruda Alvim Wambier, citada na decisão, é diametralmente oposta à que prevaleceu no julgamento do *mandamus*. Além da obra citada em nota de rodapé anterior, o posicionamento da autora pode ser lido em

proferido pelo eminente Desembargador Moreira Diniz, que, ao tratar do tema, ponderou:

*“Já fui vencido nesta matéria, na 4ª Câmara Cível, porque entendia que cabia agravo contra essa decisão. Salvo se houve alteração do Código de Processo Civil, no último ano, continua não cabendo.*

*Neste caso, é uma decisão que diz respeito a uma liminar, então, não vejo como aplicar a legislação recente, que estabelece que, salvo casos de comprovado risco de dano grave, irreparável ou de difícil reparação, o agravo será retido. Quando se trata de decisões que negam ou concedem liminares, é possível o agravo de instrumento, porque, senão, seria inútil agravar, já que se a decisão é a respeito da liminar e vai se aguardar o julgamento definitivo da ação, para somente no preâmbulo do julgamento da apelação examinar um agravo contra decisão que concedeu ou que negou a liminar, esse agravo estará vencido, terá perdido seu objeto.*

*Então, seria a lei transformar em irrecurável uma decisão que ela própria diz que é recorrível. Entendo que não cabe agravo contra decisão de relator que converte o agravo de instrumento em retido e, por isso, é cabível o mandado de segurança. E em sendo cabível o mandado de segurança, entendo que a parte tem o direito líquido e certo de ver a questão da liminar em agravo de instrumento ser examinada.*

*Não é possível exigir que ela aguarde a sentença até o final.*

*As coisas são incompatíveis e não é questão, aqui, de dizer se existe ou não crédito Tributário, se existe razoabilidade na alegação. Isto é mérito do agravo de instrumento”.*

Ainda quanto ao regime de agravo de decisão liminar em mandado de segurança, pede-se licença para transcrever trecho de recente artigo, escrito<sup>15</sup> já sob a égide da lei n.º 12.016/09, no qual se pontuou que:

*“Poder-se-ia dizer que o recurso de agravo de instrumento convive com a possibilidade de conversão.*

*Antes de tudo, a assertiva é por demais óbvia, pois seria inócua tal previsão em se tratando de agravo interposto na forma retida. A autorização para converter-se o recurso (presente no C.P.C.) deve,*

---

estudo denominado “O recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal”. In: \_\_\_\_\_. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (coord.). *Processo e Constituição - Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

<sup>15</sup> SOARES, Leonardo Oliveira. Recurso de agravo em mandado de segurança/ mudou-se alguma coisa? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n. 63. São Paulo, jan.-fev., 2010, p. 78.

*assim, ser analisada sob outra perspectiva. Ei-la. É regra de hermenêutica que norma específica prevalece sobre norma geral.*

*Por isso, deve afastar-se a conversão, já que a lei específica não previu senão o cabimento de uma das espécies do gênero recursal. Sem contar a falta de interesse na interposição retida, já que os efeitos da liminar serão absorvidos, num sentido ou noutro, acrescente-se, tanto que proferida sentença (art. 7º, inc. III, § 3º, da lei n.º 12.016/09)”.*

No que toca à necessidade de dilação probatória, basta dizer que o dano processual irreparável encontrava-se materializado e provado na cópia reprográfica acostada à inicial do mandado de segurança da decisão irrecorrível que convertera o agravo.

No entanto, e aí reside o tema central do texto, merece análise a diferenciação vislumbrada entre o conteúdo dos atos praticados pelos Poderes (*rectius*: funções) da República Federativa do Brasil.

Explica-se. Decidiu a Corte Estadual que “em relação aos atos judiciais, o uso deste remédio processual é mais restrito, porque exige que o ato ou decisão sejam teratológicos.” Verdade seja dita que há também decisões<sup>16</sup> nesse sentido proferidas pelo STJ, de que é exemplo a que recebeu a ementa abaixo transcrita:

*PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO: ART. 527, II, DO CPC – DESCABIMENTO – DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA.*

*1. O agravo de instrumento pode ficar retido, por ordem do relator, salvo a hipótese de causar à parte dano de difícil reparação (art.527, II, CPC).*

*2 Contra a decisão que converte o agravo de instrumento na modalidade retida não cabe qualquer recurso, o que autoriza o manejo do mandado de segurança, nos termos da Súmula 267/STF.*

*3. Por ser ato judicial, a jurisprudência entende que se deve cumular a esta condição (irrecorribilidade da decisão) a qualidade teratológica do ato, restringindo-se a função recursal anômala do mandado de segurança. Precedentes.*

*4. Decisão, na espécie, que não se mostra teratológica.*

---

<sup>16</sup> No mesmo sentido, AgRg no RMS 25.181/ES, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª TURMA, j. 26/08/2008, DJe 18/09/2008, AgRg no RMS 24.064/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 12/06/2008, DJe 15/09/2008.

5. *Recurso ordinário não provido. (RMS 26.800/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 21/10/2008, DJe 21/11/2008).*

Mais recentemente, entretanto, em decisão proferida pela colenda 3.ª Turma daquele Tribunal, qualificou-se como teratológica precisamente a decisão conversiva em se tratando de agravo de decisão liminar. Eis a ementa da decisão:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. RECURSO TIRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO. NECESSIDADE.*

*- Em se tratando de decisões liminares ou antecipatórias da tutela, o agravo contra elas interposto deve ser, obrigatoriamente, de instrumento. Dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes, não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação. Precedentes.*

*- O pedido de reconsideração não é requisito indispensável à impetração de mandado de segurança contra decisão unipessoal de Relator que converte agravo de instrumento em retido. O pedido de reconsideração não tem, na hipótese do art. 527, parágrafo único, do CPC, natureza recursal. A possibilidade de haver retratação pelo Relator indica apenas que a legislação afastou a preclusão pro judicato. Na realidade, o pedido de reconsideração constitui simples decorrência lógica do sistema de preclusões processuais. Precedentes.*

*- Na espécie o perigo de dano a justificar o cabimento do agravo por instrumento não se confunde com o perigo de dano necessário à impetração do mandado de segurança. O prejuízo analisado neste processo, e daí a teratologia da decisão proferida pelo Relator na origem, decorre da própria retenção do agravo e do dano decorrente da sua não apreciação imediata pelo TRF da 2ª Região, sobretudo diante do esvaziamento da prestação jurisdicional. Agravo não provido. (AgRg no RMS 27.605/RJ, Rel. Mi. NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma, j. 19/11/2009, DJe 17/12/2009). (sem grifos no original)*

Pois bem. Sem embargo da autoridade dos membros das egrégias Cortes Estadual e Superior aludidas, o pressuposto constitucional<sup>17</sup> (um dos) para a impetração

---

<sup>17</sup> Aroldo Plínio Gonçalves subdivide em 3 classes os pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança: a) constitucionais, b) previstos no C.P.C. e c) estatuídos em lei especial. No entender do ilustre jurista, apenas quando o ato processual irradiar efeito extraprocessual será cabível a impetração. A delimitação, entretanto, leva em conta que os atos cujos efeitos não extrapolem o processo devem ser combatidos pelos recursos estabelecidos em lei. Pontuada a irrecorribilidade da decisão de conversão, não

do mandado de segurança reside na afirmação de ilegalidade<sup>18</sup> do ato praticado, pouco importa o Poder de que emanado.

Com efeito, não prevê a lei maior senão remédio constitucional único para afastar ilegalidades eventualmente cometidas, quer sejam teratológicas, quer não.

Afirmar o contrário equivale a criar diferenciação incompatível com o também constitucional princípio da separação dos poderes, já que, em nome do equilíbrio entre os mesmos, deverá haver igualdade de condições (na via mandamental) para controle de seus respectivos atos.

Até porque, convenhamos, exatamente quem recebeu da Lei Maior a incumbência de apreciar, em definitivo, a alegação de existência de lesão ou ameaça a direito<sup>19</sup> deve se apresentar como o primeiro interessado em que tal mister se realize nos termos da lei.

E não é demais repetir que será ilegal a decisão irrecorrível (ressalva feita aos embargos declaratórios<sup>20</sup>) que converte recurso previsto em lei, reservando a apreciação do mérito recursal para fase futura, porém, sem utilidade prática.

De fato, pois, conforme se escreveu noutro estudo<sup>21</sup>:

*“Sabe-se que a decisão antecipatória (seus efeitos) persistirá até que se profira a sentença. Daí em diante, os efeitos ou serão irradiados da sentença, ou deixarão de existir, caso haja julgamento de improcedência do pedido ou mesmo pela extinção do procedimento em 1º grau de jurisdição sem resolução de mérito. Num caso e noutro, ressalta-se, dado o caráter substitutivo da sentença.*

---

haverá outro remédio, senão o *mandamus* para afastar a ilegalidade, nada obstante a produção de efeito intraprocessual. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*, cit., p. 61 e ss.

<sup>18</sup> A ilegalidade ora versada consiste precisamente na decisão inconstitucional que torna sem objeto o recurso de agravo.

<sup>19</sup> Consoante estatui o art. 5º, XXXV da CF/88 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Haja vista que nem sempre o pedido formulado pelo autor será julgado procedente, melhor se nos afigura dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a “alegação” de lesão ou ameaça a direito. Apreciação que, decerto, haverá de ocorrer segundo as normas processuais e materiais vigentes. Nesse sentido, vide GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 175-177.

<sup>20</sup> Na sempre respeitável lição de BARBOSA MOREIRA, toda decisão judicial desafia embargos declaratórios, ainda que o texto legal a rotule de irrecorrível. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. V, p. 549-500.

<sup>21</sup> SOARES. Leonardo Oliveira. Tutela antecipada e o duplo grau de jurisdição no Estado de Direito transnacional. *Direito Público. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, jan./dez. 2010. vol. VII, p. 138.

*Assim, o único modo de compatibilizar a irrecorribilidade ora versada com o princípio do duplo grau de jurisdição consistirá em não admiti-la, toda que vez que isso acarretar inutilidade da interposição pela perda de objeto.*

*Dito de outra maneira, o legislador não incidiu no paradoxo de estatuir recurso sem objeto.*

*A incompatibilidade com o devido processo legal será, portanto, antes da decisão de conversão que da norma que lhe serve de fundamento”.*

Em síntese, não será, em absoluto, a maior ou menor intensidade da ilegalidade combatida que levará ao cabimento do *mandamus*.

Para finalizar, vale recordar insuperável lição doutrinária ao propósito da (suposta) utilização indiscriminada do mandado de segurança<sup>22</sup>:

*“Esse preconceito, como em geral acontece, tem sua razão de ser, porque realmente não se pode fazer do mandado o sucedâneo dos recursos previstos em lei. Mas como todo preconceito, ele acaba por exceder os limites adequados e por atuar onde não deveria.*

*Realmente onde a lei processual previr um recurso e este for adequado para evitar a lesão de direito da parte, não há razão para se pensar em deixar de usá-lo e lançar mão do mandado de segurança.*

*Mas, quando o recurso previsto em lei não se mostrar apto a evitar a lesão do direito e o conseqüente dano, é legal, constitucional e jurídico que o indivíduo procure no arsenal do direito um outro meio que impeça o perecimento do direito e o dano ao seu patrimônio. E esse outro meio pode perfeitamente ser o mandado de segurança.*

*Quando, em uma hipótese como essa, nega-se o mandado de segurança e se deixa ao desamparo o direito e o patrimônio do indivíduo, o preconceito terá excedido seu correto limite e merece censura”.*

Retome-se a análise da r. decisão da Corte Estadual.

Substitua a ausência de recurso adequado pela inexistência mesma de recurso e restará evidenciado, com o mais absoluto respeito, que se incidiu no excesso apontado na lição doutrinária ora transcrita.

---

<sup>22</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11. ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 107-108.

A partir dessas considerações, deve entender-se que decisão interlocutória sobre medida de urgência (antecipatória, cautelar) desafiará tão-só recurso de agravo de instrumento.

No caso, e em primeiro plano, o dano irreparável<sup>23</sup>, de natureza constitucional/processual, consistirá na irrecurribilidade da decisão por meio de que se converte o recurso, reservando o exame do mérito recursal para fase inexistente.

#### **4. Ainda sobre o atributo específico do ato jurisdicional.**

O fundamento central do presente texto para refutar a construção pretoriana atinente ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial é de ordem constitucional.

De fato, pois nem o dispositivo que versa a ação mandamental (art. 5º, LXIX da CF/88), nem o que contempla o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) reclama a presença de teratologia do pronunciamento para, aí sim, admitir-se a impetração.

No entanto, ao condicionar-se o cabimento do *mandamus* ao conteúdo aberrante da decisão jurisdicional, acaba-se, inequivocamente, por incidir em duplo engano.

Com efeito, pois em todo e qualquer processo a análise do pedido (no caso, o exame da afirmação de que o pronunciamento judicial padece de ilegalidade) apenas poderá ser levada a cabo após prévio juízo positivo, seja quanto às condições da ação, seja quanto aos pressupostos processuais<sup>24</sup>.

Tal constatação, a rigor, não apresenta sabor algum de novidade. Afinal, no direito, como de resto na vida, não se pode (*rectius*: não se deve) colocar o carro na frente dos bois.

Em suma, a maior ou menor intensidade da ilegalidade da decisão situa-se no plano do mérito que, insista-se, somente será apreciado se, em primeiro lugar, restar assentado o cabimento do mandado de segurança.

---

<sup>23</sup> Ou seja, sempre haverá dano processual (irrecorribilidade da decisão) e, a rigor, ao devido processual legal, o que bastará para que não se proceda à conversão ora combatida. Em julgamento de agravo regimental (autos n.º 1.0000.06.440658-0/001), a egrégia Corte Superior do TJMG decidiu, por maioria de votos, pelo cabimento de mandado de segurança originário de decisão que determinara conversão de agravo de liminar proferida em ação possessória. Condiçãoou-se, entretanto, o cabimento do *mandamus* ao fato de que a decisão interlocutória seria passível de causar lesão grave ou de difícil reparação a direito material.

<sup>24</sup> Nesse sentido, JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A sobrevivência do mandado de segurança contra decisões judiciais e o devido processo legal. *RePro* 198/290-291, ago. 2011.

Com essa assertiva, enfatiza-se, outra coisa não se busca senão explicitar, agora no plano infraconstitucional, a conclusão a que antes se chegou sob as luzes da Lei Maior, qual seja, afigura-se de todo inaceitável associar o “cabimento” do mandado de segurança contra ato judicial ao conteúdo do respectivo ato.

## 5. Conclusões.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a afirmação de ilegalidade (teratológica ou não) do pronunciamento irrecorrível que converte recurso, reservando a apreciação das teses recursais para etapa futura, porém, inexistente, deve ser apreciada objetivamente, como matéria de mérito, no bojo de procedimento mandamental.

O problema, pontue-se, não residirá no emprego do *mandamus*, mas na conversão, salvo melhor juízo, incompatível com o princípio constitucional do devido processo legal.

Por outras palavras, e nos termos do que se deixou dito na introdução do artigo, o problema envolve antes a atividade do intérprete que o sistema normativo em vigor.

Finalmente, se a conclusão a que se chegou for verdadeira, não se poderá, senão ingenuamente, afirmar que a aprovação de novo CPC resolverá, como num passe de mágica, os muitos desdobramentos que a recorribilidade das decisões interlocutórias dá ensejo.

## Referências Bibliográficas:

ARAÚJO. José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. Atualizado com a lei n.º 12.016/09 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Ed. RT, 2006.

\_\_\_\_\_. O recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: \_\_\_\_\_. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (coord.). *Processo e Constituição - Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11 ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Temas de Direito Processual* - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. V.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I.

GONCALVES, Aroldo Plínio. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

SOARES, Leonardo Oliveira. O prazo prescricional das ações (pretensões indenizatórias) propostas contra o Poder Público do Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 195. São Paulo: Ed. RT, maio 2011.

\_\_\_\_\_. A relação “necessária entre recurso de agravo e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Eficácia Dúplice do direito de ação no âmbito recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*. n 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Isonomia processual: condição *sine qua non* para a efetividade material do processo? *Revista Dialética de Direito Processual*. n 85. São Paulo: Dialética, mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Recurso de agravo em mandado de segurança/ mudou-se alguma coisa? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n 63. São Paulo, jan.-fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada e o duplo grau de jurisdição no Estado de Direito transnacional. *Direito Público*. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, jan./dez. 2010. vol. VII.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A sobrevivência do mandado de segurança contra decisões judiciais e o devido processo legal. *Revista de Processo*. vol. 198. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.

## COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

### COLLABORATION IN THE ENFORCEMENT OF THE JUDICIAL DECISION

Lívio Goellner Goron

Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em  
Direito Público. Mestrando em Direito – PUC/RS.

**Resumo:** A relação entre direito e processo é justificada a partir de diferentes posturas metodológicas, cada qual com sua ênfase específica, como as da *ação material* e da *tutela material*. A tutela material representa, na atualidade, o pólo metodológico mais adequado para explicitar esse vínculo. Embora inegável a influência do direito material sobre o processo, a escolha da tutela processual também é definida por valores processuais. Superada a generalização da tutela processual condenatória, está reconhecida pela doutrina a autonomia das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*. A atividade jurisdicional/material do juízo está plenamente constitucionalizada, recebendo um forte sentido cooperativo, que ilumina o impulso dos atos materiais e o controle da correção e da legitimidade da atividade jurisdicional. Essa concepção acarreta exigências específicas de colaboração das partes na efetivação das tutelas mandamental, executiva *lato sensu* e executiva *stricto sensu*.

**Abstract:** The relation between substantive law and process is explained from different methodological points of view. Each has its own emphasis, such as the “action in the substantive law” and the “substantive protection”. The idea of a “substantive protection” represents the most appropriate methodological point of view to explain such relation. Although the influence of the substantive law in the judicial process is undebiable, the choice of the form of procedural protection is also defined by procedural values. Process Law has overcome the universalization of condemnatory judicial decisions (*condemnatio*) and recognized the autonomy of injunctive and executive (*lato sensu*) decisions. The jurisdictional/material activity of the courts is entirely submitted to the Constitution, as has therefore assumed a strong cooperative sense, which illuminates the practice of material acts and the control of their correction and legitimacy. This requires the specific collaboration of the parties in the enforcement of injunctive and executive (*lato sensu* and *stricto sensu*) decisions.

**Palavras-chave:** Ação de direito material. Tutela material. Tutela processual. Pessoalização dos direitos. Concretização da decisão. Colaboração no processo. Processo cooperativo.

**Keywords:** Action in the substantive law. Substantive protection. Procedural protection. Personalization of rights. Enforcement of the decision. Collaboration in the judicial process. Cooperative process.

**Sumário:** Introdução – 1. Tutela nos planos material e processual. 1.1 Considerações sobre a relação entre direito material e tutela processual. 1.1.1 Primeiro modelo: a “ação de direito material” como pólo metodológico. 1.1.2 Segundo modelo: a “tutela” como pólo metodológico e a autonomia dos valores do processo. 1.2 Tutelas jurídicas no plano no direito material. 1.3 Tutelas jurídicas no plano do direito processual – 2. A atividade de concretização da decisão da causa. 2.1 A “pessoalização” dos direitos, a universalização da sentença condenatória e sua superação. 2.2 Decisões *auto-suficientes* e *não-auto-suficientes*. 2.3 A atividade material do juízo: sua “jurisdicionalização” e “constitucionalização” - 3. Colaboração na concretização da decisão da causa. 3.1 Escopo da colaboração no âmbito da atividade material do juízo. 3.2 Colaboração na efetivação da tutela mandamental. 3.3 Colaboração na efetivação da tutela executiva *lato sensu*. 3.4 Colaboração na efetivação da tutela executiva *stricto sensu* – Conclusão – Referências bibliográficas

## **Introdução:**

A ideia de uma concepção cooperativa do processo civil – tema que começa a inspirar relevante produção científica na doutrina brasileira<sup>1</sup> – suscita um olhar renovado sobre os institutos processuais, um ponto de vista que considere os aportes teóricos da fase metodológica atual da ciência processual. O presente artigo pretende dar conta de alguns aspectos da **cooperação na concretização da decisão da causa**, isto é, na atividade material que se segue, *ex intervallo*, aos provimentos mandamentais e executivos (*lato sensu*), e, em fase subsequente do processo, às decisões condenatórias. Para tanto, serão inicialmente dispostas noções sobre a relação entre direito material e tutela processual, expondo-se dois modelos teóricos distintos que pretendem iluminar essa vinculação (centrados, respectivamente, nos núcleos da “ação material” e da “tutela”). A seguir, serão examinadas, sucintamente, as existentes formas de tutela material e processual, e explicitado o persistente fenômeno da universalização

---

<sup>1</sup> Indica-se, por todas, a obra de Daniel Mitidiero – **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 –, que, a par do exame aprofundado da cooperação em todo o procedimento processual civil, apóia-se em farta bibliografia sobre o tema.

das sentenças condenatórias, que denota compromisso com alguns pressupostos ideológicos largamente superados.

Estabelecidas essas premissas, tratar-se-á da atividade material propriamente dita da concretização da decisão da causa, apontando sua relação com o *modelo constitucional do processo civil* e abordando as formas de tutela que implicam na prática de atos materiais. O objeto é investigar as consequências de uma visão cooperativa de tal atividade – tanto no que respeita à *efetividade* da tutela dispensada no processo, como no que se refere ao controle da *legítima atuação* do órgão judiciário.

## 1. Tutela no planos material e processual:

### 1.1 Considerações sobre a relação entre direito material e tutela processual:

Se a escola processual italiana do início do século XX teve um mérito inegável, este foi o de buscar reconstruir o processo em base publicísticas, emprestando-lhe autonomia e dignidade científica. No entanto, tal desiderato afastou perigosamente os processualistas de seus compromissos com as necessidades do direito material<sup>2</sup>. A elaboração teórica da ação abstrata, paradigma desse projeto autonomista, criou uma perigosa cisão entre direito material e processo, colaborando para formar a convicção – hoje sabidamente equivocada – de que a tutela jurisdicional pode assumir uma forma única e neutra, indiferente aos interesses substanciais<sup>3</sup>. A fórmula da ação processual uma e abstrata representou um traumático rompimento com a diferenciação e adequação das tutelas ao direito material<sup>4</sup>. No procedimento ordinário, caracterizado pela cognição plenária (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical), encontra-se o modelo dessa tutela *indeferenciada*, supostamente apta a enfrentar todas as possíveis crises do direito substancial.

Boa parte do esforço da ciência processual civil nos últimos 50 anos dirigiu-se à desconstrução desse “paradigma da ordinariedade” e do mito da unidade dos procedimentos judiciais. Na tônica contemporânea a proposta é a edificação de

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 209.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 76

<sup>4</sup> Ovídio Baptista da Silva sublinha a contradição inerente ao discurso dos cultores dessa fase metodológica da ciência processual: “ninguém se questiona como a 'ação' processual, que eles concebem como sendo *uma* e *abstrata*, poderia ter *conteúdo* declaratório, ou constitutivo ou condenatório, sem tornar-se 'azioni della tradizione civilistica'. O prodígio de alguma coisa que, não tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória é uma contradição lógica que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo.” (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 179).

procedimentos informados pelo direito material<sup>5</sup>, capacitados para assegurar a tutela efetiva dos direitos. Esse novo modelo envolve a compreensão de que o processo não se limita a receber influência do direito material, mas interfere no campo normativo substancial, de maneira por vezes decisiva. É o que se verifica, por exemplo, quando o processo, por deficiência de seu instrumental, não permite a realização plena da tutela prometida pelo direito material, “amputando”, por assim dizer, o próprio direito substancial. A consideração não é puramente teórica<sup>6</sup>, bastando recordar a inexistência, no processo civil brasileiro, até época recente, de técnicas adequadas para concretizar a tutela mandamental, o que resultou no virtual apagamento das tutelas (de direito material) inibitórias do horizonte do direito material.

Respondendo à necessidade de uma reelaboração do vínculo entre o direito material e as tutelas fornecidas pelo processo, a teoria processual, na sua etapa metodológica contemporânea, preocupada com a atuação dos direitos fundamentais no âmbito do processo – fase que recebeu da doutrina denominações diversas, como “neoprocessualismo” e “formalismo-valorativo”<sup>7</sup> – propõe diferentes abordagens para o problema, cumprindo, pois, na sequência, identificá-las e caracterizá-las.

### 1.1.1 Primeiro modelo: a “ação de direito material” como pólo metodológico:

A teoria da “ação de direito material” remonta uma concepção da ciência jurídica que pretendia fundar a ação no direito subjetivo: vincula-se à escola da *Zivilprozesstheorie* (1800-1850) e projetou seus efeitos sobre a Escola Histórica, encontrando em Savigny (1841) um teórico exponencial da noção de ação de direito material<sup>8</sup>. No Brasil, a concepção de que ora se trata, defendendo que a construção do procedimento processual deve como norte a noção da “ação de direito material”, pode ser reconduzida, claramente, a Pontes de Miranda<sup>9</sup>. Para a teoria em questão a ação de

---

<sup>5</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco . **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004. P. 47

<sup>6</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 122.

<sup>7</sup> O formalismo-valorativo coincide em muitos de seus pontos com a visão *instrumentalista*, que o antecedeu, mas sua especificidade, além de uma consideração acentuada pelo valor dos direitos fundamentais, está em ver no núcleo do fenômeno processual o conflito entre efetividade e segurança, sem que a nenhum destes caiba, isoladamente, a posição de “sol que ilumina todo o sistema processual”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21).

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 110.

direito material está inserida numa cadeia lógica causal, que se inicia com o direito subjetivo, transita pela pretensão e deságua na ação (material)<sup>10</sup>.

A pretensão material é concebida a partir da noção de direito subjetivo. Quando a vantagem encerrada pelo direito deixa de ser atendida, seu titular investe-se do poder de exigí-la, residindo justamente nesse *poder*, ou *faculdade*, a pretensão material. A pretensão não constitui um novo direito subjetivo, porém um estado especial, uma virtualidade da qual passa a se revestir aquele direito<sup>11</sup>. O exercício da pretensão reclama do titular o desempenho de um certo comportamento ativo – exigir de alguém uma determinada pretensão –, mas que ainda não representa o agir para satisfação<sup>12</sup>.

Uma vez frustrada a tentativa de exercer a pretensão, nasce do direito outra potencialidade: a ação. A ação, no plano do direito material, consiste na faculdade do titular de reagir contra sua violação ou ameaça de violação<sup>13</sup>. Trata-se, então, do “agir para a realização do direito”, independentemente da vontade ou do comportamento do devedor<sup>14</sup>. A teoria da ação de direito material, cumpre assinalar, reconhece a existência de situações jurídicas subjetivas que não obedecem à estrutura da referida cadeia lógica. Os direitos potestativos, por exemplo, não originam pretensão, embora deles possa nascer ação de direito material. Também inexistiria, segundo a correspondente doutrina, ação de direito material à condenação<sup>15</sup>.

Segundo essa teoria dualista da ação, a teoria civilista não estava errada, pois aquilo que se compreende por teoria civilista da ação constituiria uma *correta representação da ação de direito material*, em lugar de uma compreensão equivocada da ação processual<sup>16</sup>. Assim, a teoria dualista reconhece valia à noção da ação de direito material, vislumbrando nessa “ação” – entre aspas, para distingui-la da abstrata ação processual – um elemento prévio e indispensável, no plano do direito material, para que seja proferida uma sentença de procedência. Concebe, portanto, duas ações, uma de direito material e outra de direito processual, justificando, assim, o adjetivo “dualista”

---

<sup>10</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 96.

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, p. 112.

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, p. 113

<sup>13</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, p. 113.

<sup>15</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. P. 102).

<sup>16</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70.

que lhe é aposto<sup>17</sup>. Segundo essa concepção a ação de direito material não se confunde com o direito à tutela processual. Um e outro operam em planos distintos<sup>18</sup>. Na atualidade, com a proibição quase completa da auto-tutela, exerce-se ação de direito material, segundo tais autores, invocando essa ação em juízo, ou seja, na ação processual<sup>19</sup>.

A doutrina da teoria dualista concebe uma ligação entre as eficácias expressas nas sentenças de procedência e as ações de direito material que o processo recebe como um pressuposto. A pretensa autonomia do direito processual não lhe permite transformar a seu bel prazer as realidades do direito material, como se fosse possível, por exemplo, transformar uma ação de divórcio – de notória natureza constitutiva – em ação executiva ou mandamental<sup>20</sup>. O processo, ao receber os direitos subjetivos, as pretensões e as ações de direito material, está obrigado a tratar essas posições segundo as eficácias específicas dadas pelo direito material<sup>21</sup>.

A teoria dualista, criticando a concepção contrária, que nega toda utilidade à ideia da ação de direito material, acusa-a de não poder explicar como nascem as diferentes eficácias das sentenças e como se elas se distinguem entre si. Enfim: as tutelas processuais não poderiam se diferenciar por outro elemento que não uma faculdade do direito material<sup>22</sup>. Daí a defesa do caráter indispensável da ação material.

### 1.1.2 Segundo modelo: a “tutela” como pólo metodológico e a autonomia dos valores do processo

A doutrina que nega a formulação baseada na ação de direito material considera que ela não identifica adequadamente a relação entre o direito material e o processo. Essa doutrina observa que somente existe ação de direito material naqueles raros casos remanescentes no sistema em que o titular pode agir para a satisfação do direito sem a necessidade do processo<sup>23</sup>. Fora daí, a ação de direito material seria inteiramente supérflua, já que não poderia ser exercida de maneira autônoma. Sob outro ângulo, a

---

<sup>17</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210.

<sup>18</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 93.

<sup>19</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, p. 113.

<sup>20</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68.

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 180

<sup>22</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 73

<sup>23</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 106

crítica endereçada à teoria da ação de direito material entende-a fadada ao fracasso por não levar em consideração a natureza incerta do direito litigioso discutido no processo. A ação de direito material, como parte do direito material deduzido em juízo, estaria submetida a essa mesma incerteza, não podendo, assim, condicionar, por si só, o futuro conteúdo da sentença. Aponta-se, além disso, que a teoria dualista tem feição privatística, uma vez que coloca acento demasiado no plano do direito material, desconsiderando os valores próprios do plano processual e a força imperativa da sentença judicial<sup>24</sup>. Indica-se, por fim, a inadequação do conceito de ação de direito material para explicitar o que ocorre quando interesses difusos são discutidos em juízo, eis que a própria categoria do direito subjetivo parece pouco apropriada ao tratamento da questão. Enquanto se pode afirmar que todos têm direito à tutela de interesses difusos, ninguém, individualmente considerado, teria pretensão ou ação de direito material contra o ofensor<sup>25</sup>.

Em síntese, não haveria como conceber uma vinculação prévia da tutela processual a uma tutela material anterior. Uma das razões para tanto é que o direito material ingressa no processo como uma hipótese (*in status assertionis*). Frente à incerteza desse direito afirmado, não faria sentido, notadamente em sociedades complexas, pressupor uma ação material determinada antes do início do processo. Aliás, afirma-se também que de uma mesma situação de direito material podem surgir, plasticamente, várias tutelas processuais possíveis, traduzindo-se em diversas eficácias voltadas para a efetividade da tutela.

A crítica à teoria dualista, acima desenhada, aborda aspectos bastante relevantes sobre a relação entre direito e processo. Embora seja verdade que a tutela prestada pelo juiz está apoiada no plano do direito material, é preciso admitir que seus efeitos, em bom número de casos, são diversos dos contidos no plano substancial, pois a decisão judicial é marcada pelos atributos da soberania, que corresponde à própria autonomia do direito processual em face do direito material<sup>26</sup>. Evidentemente, o direito material exerce grande influência sobre a forma de tutela processual. Existe, invariavelmente, uma relação de adequação entre o modo como é (ou pode ser) efetivado o direito material e os meios empregados pelo processo<sup>27</sup>. Todavia, a escolha da tutela processual

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 50

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 248

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 89-90.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 310. Conforme acentua Michele Taruffo, a conexão entre situações de direito material e técnicas de tutela está na base de um princípio de adequação, que vincula a atuação executiva do Poder

não é definida, exclusivamente, pelo conteúdo do direito material, havendo fatores próprios do plano processual que interferem na questão<sup>28</sup>. Assim, além dos valores em jogo, do direito material envolvido e do caso concreto, outros elementos – a exemplo dos princípios da efetividade e da segurança e do princípio da demanda, ou dispositivo em sentido material – incidem na escolha das diferentes formas e técnicas de tutela no plano processual<sup>29</sup>.

O processo apresenta caráter publicístico e força própria na conformação das tutelas jurisdicionais. A situação de direito material afirmada no processo é um dado relevante para a solução jurisdicional, porém não a condiciona inteiramente. Aceitar de forma incondicional a teoria da ação de direito material, como principal núcleo metodológico da questão, significa, sob certo aspecto, colocar em segundo plano o valor inerente do processo, que projeta seus efeitos sobre as situações jurídicas materiais, por força da soberania do Estado e da legitimação dada pelo procedimento em contraditório<sup>30</sup>. Um exemplo claro reside na tutela condenatória, que propicia a realização, *ex intervallo*, da atividade de concretização da decisão. Tal espécie de tutela relacionada às obrigações pecuniárias nasce de um valor caracteristicamente processual, o princípio da segurança, que inspira a adoção dessa solução em virtude do fato de que a expropriação incide sobre bens que estão colocados *legitimamente* no patrimônio do devedor. Desta forma, o princípio da segurança reclama a estruturação do processo em bases que revistam de maior formalidade a atividade expropriatória, em atenção ao direito fundamental de defesa do executado. Poderia o emprego da tutela executiva *lato sensu* justificar-se, nesse cenário, por considerações restritas ao plano do direito material, mas cede passo pela consideração dos valores do processo<sup>31</sup>. Mesmo um autor firmemente comprometido com a teoria dualista, como Ovídio Baptista da Silva, ao negar a existência da ação de direito material condenatória, ao mesmo tempo em que admite a sentença condenatória como categoria própria, debitando-a a uma *criação puramente processual*<sup>32</sup>, acaba por reconhecer, em alguma medida, essa realidade.

Em síntese, parece correto afirmar que a ação e a pretensão de direito material, conceitos outrora relevantes e de considerável valia, não são mais suficientes para explicar a relação entre direito e processo, mostrando-se mais adequado trabalhar com o

---

Judiciário às necessidades específicas do caso concreto (A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 59, pp. 72-97, julho-setembro/1990. p. 78).

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137.

<sup>29</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111.

<sup>30</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 216.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 172.

<sup>32</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 172.

conceito de “tutela”, que melhor se ajusta aos tempos atuais de constitucionalização do processo civil e de atuação dos direitos fundamentais<sup>33</sup>. Verifica-se, na realidade, uma *confluência* de fatores materiais e processuais no processo. A tutela dispensada no processo leva em conta tanto os aspectos processuais, que convergem no pedido imediato, como os aspectos substanciais, condensados no pedido mediato (bem da vida), podendo-se daí concluir que a decisão judicial que aprecia o mérito *une o direito processual e o material*. Nessa decisão – na sentença ou no provimento antecipatório da tutela – reside a vinculação mais próxima entre esses planos que interagem entre si, vinculação que “possibilita a transição do processo no domínio da vida, do direito material”<sup>34</sup>.

A despeito da controvérsia existente sobre o valor da ação de direito material para explicitar as relações entre direito e processo, uma compreensão que se generaliza é a de que *o direito material também contempla formas de tutela*<sup>35</sup>. As tutelas prestadas pelas normas de direito material compõem, neste sentido, “tutelas normativas”, e assim sucedem à inobservância das normas que protege direitos subjetivos<sup>36</sup>. *A ideia de tutela parece consistir, portanto, num valor capaz de permitir, ao menos num certo nível, o diálogo entre as duas concepções teóricas referenciadas neste capítulo*. A diferença que persiste entre essas teorias localiza-se, sobretudo, na *ênfase dada a cada um dos planos (material e processual)*. Os autores contrários à ideia da ação material atribuem às tutelas materiais um caráter abstrato, negando que elas integrem o “núcleo fisionômico” dos direitos subjetivos, por serem elementos exteriores à sua estrutura<sup>37</sup>. Tais processualistas reconhecem, no entanto, a utilidade da identificação das tutelas de direitos no plano substancial, vendo nessa formulação uma “valiosa contribuição”. E admitem que essa teoria dá um passo importante ao preservar a autonomia das tutelas processuais e distingui-las como técnicas ou instrumentos para concretizar as tutelas dos direitos. Faltaria, unicamente, reconhecer a “potencialidade criativa” do processo, consubstanciada na eficácia substancial do processo, que o transforma em instrumento “potencializador do direito material”<sup>38</sup>. De todo modo, *para essa doutrina a tônica continuaria residindo, como já era sua concepção anterior, no plano do processo*, haja

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 61. Em sua crítica à teoria que prestigia a noção da “tutela”, Ovídio Baptista da Silva acentua o caráter “perigoso de tal concepção, que reduziria o processo a pira técnica, “instrumento vazio constituída por ‘formas’ de tutela” (*Curso de processo civil. V. 1, tomo II*. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 46-47).

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 95-96.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 288.

<sup>37</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>38</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 217.

vista que a tutela de direito material estaria prevista em abstrato no plano material e apenas seria concretizada depois de exercida a função jurisdicional, retornando então, de forma qualificada, à esfera do direito material, como uma autêntica tutela de direitos<sup>39</sup>.

## 1.2 Tutelas jurídicas no plano no direito material

A organização das tutelas existentes no plano do direito material e do direito processual não tem caráter excludente. Trata-se de classificações essencialmente complementares, na medida em que as formas de tutela consideradas nesses dois planos interagem entre si<sup>40</sup>. Mostra-se conveniente, portanto, apresentar uma exposição sucinta das tutelas que podem ser identificadas no plano do direito material.

A **tutela certificatória**, como denota sua denominação, relaciona-se à instituição de um estado de certeza sobre uma determinada relação ou situação jurídica. A **tutela modificatória** diz respeito à modificação de uma dada relação jurídica. Tal tutela esta associada, geralmente, à titularidade de direitos *potestativos (formativos)*. À guisa de exemplo, o art. 138 do Código Civil prevê a possibilidade de anular os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro. Ao investir o sujeito de um direito potestativo de anulação, a lei civil estrutura, no plano material, tutela modificativa de situação jurídica<sup>41</sup>.

A **tutela inibitória** é a tutela de natureza preventiva destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito<sup>42</sup>. Seu pressuposto é a probabilidade do ilícito, não do dano, do qual, aliás, sequer se merece cogitar no âmbito das providências de natureza inibitória<sup>43</sup>. Essa espécie de tutela encontrou pronunciadas dificuldades na sua afirmação no plano do direito material. O obstáculo ao seu reconhecimento deveu-se, fundamentalmente, à associação historicamente registrada entre *ilícito civil* e *dano*, por força da qual só haveria tutela destinada a reparar o dano, não para inibir ou

---

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 106. Para os adeptos da teoria dualista, por outro lado, a convivência com as tutelas substanciais é relativamente confortável, pois sempre defenderam a associação das eficácias processuais a elementos do direito material. A contribuição das tutelas materiais estaria na maior flexibilidade e atualidade do conceito, que permite estruturar uma relação menos esquemática entre direito e processo do que ocorre com a ação material. Para quem defende a teoria dualista da ação, o acento metodológico permanece sempre *mais no plano material do que no processual*.

<sup>40</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 144.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 289.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 195.

remover o ilícito que (ainda) não o causou<sup>44</sup>. A ação inibitória é uma consequência do novo perfil do Estado e das novas situações de direito material presentes na vida cotidiana. Percebe-se a necessidade de oferecer uma real proteção preventiva aos direitos, e, sobretudo, aos direitos de conteúdo não patrimonial<sup>45</sup>. São expressivos os exemplos de tutela inibitória, inclusive no plano constitucional. A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao dispor serem invioláveis a intimidade, a vida, privada, a honra e a imagem das pessoas, concebe tutela inibitória aos titulares desses direitos<sup>46</sup>; o art. 12 do Código Civil, ao investir a pessoa natural do poder de exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito de personalidade, institui típica tutela inibitória no plano do direito material<sup>47</sup>.

A **tutela do adimplemento** é voltada a proporcionar ao titular do direito obrigacional o bem ou a utilidade econômica que constitui objeto da obrigação. Tem lugar, na forma *específica*, quando a obrigação, embora inadimplida, ainda pode ser cumprida, sendo tal cumprimento do interesse do titular do direito. Assim, o inadimplemento ou adimplemento imperfeito são pressupostos da tutela específica. Atua igualmente no caso de cumprimento imperfeito ou defeituoso, caso em que o credor pode exigir que o dever atue no sentido da correção da imperfeição ou do feito<sup>48</sup>. Quando a obrigação não puder mais ser cumprida a tutela pode ser prestada *pelelo equivalente ao valor da prestação*. Não se confunde, todavia, a tutela aqui mencionada com a tutela do equivalente ao valor do dano, já que a primeira atende à expressão econômica da obrigação inadimplida, não do prejuízo eventualmente decorrente do inadimplemento (que poderá ser objeto, em sendo o caso, de tutela ressarcitória)<sup>49</sup>. A tutela específica do adimplemento prescinde do requisito culpa. O credor tem direito à entrega do bem ou ao cumprimento da prestação devida quer tenha ocorrido culpa ou não do inadimplente. Enquanto possível e pretendida a prestação obrigacional, a valoração da conduta mostra-se irrelevante para efeitos de proteção do credor<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 193.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 213

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 288.

<sup>48</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 283

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**, p. 426.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 288.

A **tutela de remoção do ilícito** tem por objetivo afastar uma situação de contrariedade ao direito ou remover os efeitos concretos dela decorrentes. Aparta-se, nesse sentido, da tutela inibitória, que, tendo natureza genuinamente preventiva, visa a inibir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito<sup>51</sup>. Trata-se de uma tutela repressiva em relação ao ilícito, tendo como pressuposto um ilícito capaz de deixar efeitos concretos permanentes. Não se dirige contra um agir continuado, e sim contra uma ação já exaurida cujos efeitos de prolongam no tempo, deixando aberta a possibilidade de provocar danos<sup>52</sup>. Ao remover os efeitos do ilícito, afasta-se a probabilidade de que os mesmos venham, futuramente, a causar dano.

A **tutela ressarcitória** supõe dano causado por ato contrário a direito, e sua função consiste em restabelecer a situação de fato que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. Essa modalidade de tutela considera a presença do dano e também da responsabilidade de seu causador<sup>53</sup>. O ressarcimento pode dar-se na forma específica ou em pecúnia. A tutela de ressarcimento deve operar, preferencialmente, na forma específica. Na prática a tutela ressarcitória específica sempre cedeu lugar à indenização pecuniária. Isto se deveu, em primeiro lugar, a uma persistente tendência de “monetarização” dos direitos, em função da qual se passou a considerar a reparação monetária como suficiente para compensar a lesão (tal afirmação, diga-se de passagem, passou de contestável a inadmissível com a emergência de novos direitos inteiramente destituídos de patrimonialidade). Por outro lado, a legislação processual concebeu uma forma de execução inteiramente inadequada à prestação de tutela no plano do processo, determinando que o direito à reparação, quando trazido para o interior do processo, fosse *transfigurado* em direito à indenização em dinheiro<sup>54</sup>. Em realidade, a tutela ressarcitória específica já era concebida pelo direito material<sup>55</sup>; faltava-lhe técnica adequada e dotada de real efetividade para sua concretização, atualmente encontrada no âmbito do art. 461 do CPC.

### 1.3 Tutelas jurídicas no plano do direito processual

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**, p. 425.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

<sup>53</sup> MARONONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 310 e 323.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 310.

<sup>55</sup> A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao prever o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, estrutura a tutela ressarcitória pelo equivalente. Da mesma forma, assegurando no mesmo art. 5º, inc. X, o direito de resposta, proporcional ao agravo, a Constituição está a instituir a tutela ressarcitória na forma específica (MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 213).

As tutelas existentes no plano do direito processual<sup>56</sup> têm feição própria. Nenhum dos verbos característicos da tutela jurisdicional – declarar, constituir, mandar e executar – apresenta relevância no plano do direito material, sendo inerentes ao processo e ao império da atividade jurisdicional<sup>57</sup>. O exame das diferentes tutelas processuais permite reconhecer, em cada uma, um princípio/valor preponderante, dado o binômio entre efetividade e segurança que subjaz à dinâmica do sistema processual. Assim, as tutelas *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória* correspondem à predominância do princípio da segurança, ao passo que as tutelas *mandamental* e *executiva* (*lato sensu*) remetem a um predomínio do princípio da efetividade<sup>58</sup>.

A **tutela declaratória** visa à obtenção de certeza jurídica<sup>59</sup>. Sua função consiste em tornar certa, como eficácia principal, uma determinada situação jurídica de direito material, sem condenar, mandar, constituir ou executar, ainda que desse preceito declaratório também emane, secundariamente, uma eficácia mandamental que determina o respeito à situação declarada<sup>60</sup>. A tutela declaratória não se presta para declarar a invalidade de ato ou de negócio jurídico, eis que tal questão não concerne ao plano da existência (própria da declaração), e sim da validade. As sentenças que decretam invalidades, não obstante dotadas de efeitos retroativos, são nitidamente constitutivas. A **tutela constitutiva** opera no plano jurídico a modificação de uma situação jurídica, compreendendo-se “modificação” em sentido lato, isto é, como a criação, extinção ou alteração de situações jurídicas<sup>61</sup>. É tradicional seu atrelamento à categoria dos direitos potestativos ou formativos<sup>62</sup>, definindo-se como constitutiva a tutela que atua, processualmente, os efeitos dessas posições.

A **tutela condenatória** opera, além da declaração da existência de uma relação jurídica, a aplicação de uma sanção<sup>63</sup>, decorrente de um juízo de valor que coloca o

---

<sup>56</sup> Importa registrar a inadequação da denominação de “técnicas” às eficácias das decisões processuais. Com efeito, a expressão “tutela” é a mais apropriada para representar o fenômeno, permitindo assim, distinguir entre as diferentes tutelas de direito processual – declaratória, mandamental, executiva, etc.. Reserva-se a designação de “técnicas” aos instrumentos – aprioristicamente neutros – de que se serve o sistema processual para alcançar os fins dessas tutelas.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140.

<sup>59</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 146.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 167.

<sup>62</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

<sup>63</sup> Esta a definição de Liebman (MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 155)..

devedor em posição de desvantagem, investindo o autor do poder de submetê-lo a uma execução forçada perante o juízo<sup>64</sup>. A subsistência da tutela condenatória no sistema reflete um fenômeno tipicamente processual, gerando perplexidade para aquela parcela da doutrina que acolhe a ação de direito material como elemento de conexão entre direito material e processo.

Para aqueles que, seguindo Pontes de Miranda, pressupõem a noção da ação de direito material, a sentença condenatória, embora constitua uma realidade processual, não corresponde, no plano do direito material, a nenhuma ação “condenatória” do autor da demanda; seria uma pretensão que não chega a se “inflamar em ação”<sup>65</sup>. Estar-se-ia, em resumo, diante de uma ação de direito material preponderantemente executiva, porém “mutilada”, tendo em vista que não proporciona o exercício direto da atividade executiva em seguimento à sentença<sup>66</sup>. Para Ovídio Baptista da Silva, a sentença condenatória consiste numa sentença parcial de mérito inserida no caminho procedimental de uma ação de direito material executiva<sup>67</sup>. A tutela condenatória caracteriza-se por conservar uma “linha discriminativa” entre os patrimônios do autor e do réu, determinando, assim, que o autor ainda encontre o “direito real do condenado” a interpor-se entre ele e a satisfação de seu direito judicialmente reconhecido<sup>68</sup>. Tal pressuposto, aliado à prevalência, no caso, do valor segurança, justifica, do ponto de vista procedimental, a segregação da atividade executiva num processo autônomo ou numa fase subsequente do procedimento. Não é possível dar execução imediata à sentença, na medida em que ela não torna ilegítima, por si só, a presença dos bens do patrimônio do réu<sup>69</sup>.

Por força das recentes reformas do CPC (Lei 11.232/2005) o campo da tutela condenatória foi diminuído, tornando-se próprio e exclusivo das chamadas obrigações pecuniárias. Essa limitação da tutela condenatória ao âmbito indicado, para além do valor segurança, atende ao valor da *efetividade*, por mostrar-se, em linha de princípio, a mais adequada para extrair dinheiro do patrimônio do demandado<sup>70</sup>. As alterações procedimentais do CPC, especialmente as contidas no art. 475-J do Código, não

---

<sup>64</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 126

<sup>65</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 102.

<sup>66</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação**. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, pp. 711-734, outubro-dezembro/2002. p. 685.

<sup>67</sup> Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

<sup>68</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 72.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 171.

eliminaram o binômio condenação-execução: apenas simplificaram-no do ponto de vista formal. Foi eliminada a necessidade de um novo processo, porém continuou dedicada à execução uma fase própria e preservada, nessa seara, a tipicidade dos meios executivos<sup>71</sup>. A tutela, em resumo, continua sendo condenatória<sup>72</sup>, a despeito das simplificações formais inseridas, mantendo-se prestigiado o princípio processual da segurança<sup>73</sup>. Assim, mais do que permitir a superação da técnica de condenação<sup>74</sup>, pode-se afirmar que as reformas reconduziram-na ao seu espaço adequado dentro do sistema processual.

A doutrina, presa aos conceitos de uma jurisdição meramente certificadora de direitos, tem dificuldade em clarificar as tutelas com base na atividade que se realiza depois da sentença de procedência (atividade que fora considerada, por largo tempo, como “não jurisdicional”)<sup>75</sup>. Eis um dos fatores que explicam a dificuldade de visualização da **tutela mandamental** pela doutrina majoritária do processo civil, dificuldade que recém agora começa a ser transposta. A tutela mandamental define-se pela ordem que é expedida pelo juiz, dirigindo-se em geral ao demandado, para que cumpra voluntariamente o provimento judicial<sup>76</sup>. Sua nota essencial reside no caráter imperativo do mandamento contido na decisão<sup>77</sup>. A tutela mandamental tem seu campo natural de incidência quando o escopo é agir sobre a *vontade* da parte, e não sobre seu patrimônio; a essa forma de tutela corresponde o emprego de técnicas ou medidas coercitivas, capazes de atuar sobre a vontade do réu, coagindo-o a cumprir a decisão<sup>78</sup>. O campo de abrangência dos provimentos mandamentais, ao contrário do que supunham seus primeiros teóricos, ultrapassou o das ordens dirigidas a órgãos estatais, incluindo-se entre seus destinatários os particulares<sup>79</sup>.

A categoria das sentenças mandamentais foi buscada por Pontes de Miranda na obra pioneira de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen assuerhalb des Zivilprozesses*), que

---

<sup>71</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138.

<sup>72</sup> Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni, **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 173.

<sup>74</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 124.

<sup>75</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 218-219)

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

<sup>76</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

<sup>77</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. pp. 104-105.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

<sup>79</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil. V. 1, tomo II**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 253-254.

concebeu, no princípio do século passado, as chamadas decisões ordenadoras (*Anordnungsurteile*), com o sentido restrito de ordens que não eram dirigidas ao réu vencido, mas a órgão ou autoridade estatal estranha ao processo, como efeito secundário da sentença. A despeito da adesão da Golsdchmidt, a doutrina das *Anordnungsurteile* teve vida efêmera e desapareceu das considerações dos doutrinadores alemães contemporâneos. O conceito ressurgiu do outro lado do Atlântico, trabalhado por Pontes de Miranda na 1ª edição de seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1939. Ali a ação mandamental recebeu acepção mais elástica, tendo como destinatários quaisquer órgãos do Estado, pessoas físicas ou jurídicas<sup>80</sup>.

Embora superado o dogma da intangibilidade da vontade humana associado ao Estado Liberal, que invalidou, por longo tempo, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer – sendo acolhidas, na atualidade, as medidas coativas que incidem sobre a vontade do indivíduo –, a tutela mandamental ainda encontra certos limites. Seguem tidas por incoercíveis, v.g, as obrigações que envolvem atividade criativa do devedor, caso em que a ausência de cumprimento voluntário da decisão determina a conversão em perdas e danos<sup>81</sup>.

Por fim, a abordagem da **tutela executiva lato sensu** demanda um exame inicial do que sejam atos executórios. A atividade executiva é desenvolvida por meio de sub-rogação. Nos atos sub-rogoratórios o Estado-juiz substitui-se à vontade do réu, assegurando a satisfação do demandante de maneira forçada. Essencial ao conceito é que tal satisfação opera-se *sem a participação do réu, que seria originalmente necessária*<sup>82</sup>. A tônica da distinção entre a tutela mandamental e a executiva reside na constatação de que a execução é ato privado da parte, sendo empreendida substitutivamente pelo juízo, em lugar da parte que deveria tê-lo realizado. A tutela mandamental corresponde à atuação do juiz naquilo que somente ele, na sua *estatalidade*, está capacitado a realizar<sup>83</sup>.

Realiza-se atividade executiva tanto na execução autônoma, cuja instauração é propiciada pela sentença condenatória, quando na execução que se segue diretamente às sentenças ditas executivas *lato sensu*, na mesma fase procedimental. Evidentemente, há diferença entre a atividade executiva desenvolvida na execução relativa às obrigações pecuniárias e aquela relativa à tutela dos deveres de fazer e não fazer e dos deveres de entregar ou restituir coisa. Segundo bem adverte Daniel Mitidiero, entre as “ações” condenatórias e as executivas *lato sensu* a distinção não é meramente procedimental. Na

---

<sup>80</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: **Temas de direito processual: sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 54-59

<sup>81</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 146-147.

<sup>82</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 133-134.

<sup>83</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil. V. 1, tomo II**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 232.

primeira, o órgão judicial autoriza a intromissão no patrimônio alheio, dele retirando o que se encontrava de forma legítima, para satisfação do requerente; na execução “real” o Estado busca no patrimônio do réu bem que ali se encontra em contrariedade ao direito<sup>84</sup>. Nos dois casos, todavia, verifica-se *sub-rogação*, e, portanto, *execução*.

A locução *tutela executiva lato sensu*, compreendida como modalidade de tutela processual emanada da decisão jurisdicional, corresponde apenas à proteção proporcionada pelas sentenças executivas previstas pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil<sup>85</sup>, que integram um processo misto ou sincrético, a reunir conhecimento e execução sem a necessidade de instauração de uma fase posterior para sua realização prática. Como fruto das recentes reformas do CPC, tem-se que, por força do art. 475-N, inciso I do Código, a tutela executiva *lato sensu* podem ser proporcionada por uma sentença declaratória (embora não *meramente declaratória*). Tal sentença, para constituir-se em “título” hábil para desencadear a atividade sub-rogativa, deve conter todos os elementos característicos da obrigação e do inadimplemento, devendo a matéria ter sido suscitada e discutida pelas partes (contraditória). Não se admite a tal eficácia no caso da declaração *ex officio* pelo juiz<sup>86</sup>.

A disciplina oferecida pelos arts. 461 e 461-A do CPC foi responsável por modificar o sistema processual brasileiro no que tange à relação entre pedido e provimento jurisdicional, a ponto de falar-se numa *instabilidade* (virtuosa) da decisão que corresponde a tais tutelas<sup>87</sup>. Com efeito, a premissa segundo a qual as sentenças podem ser rigidamente classificadas quanto a suas eficácias, de maneira imutável, cede terreno diante da constatação de que, com base no art. 461 do CPC, está o juiz desvinculado da forma e das técnicas de tutela eventualmente requeridas pelo autor, podendo variá-las, inclusive, quando da concretização da decisão.

Tal circunstância leva a pensar que, especialmente no campo das tutelas executiva e mandamental – especialmente abrangido pelos arts. 461 e 461-A – o princípio de adstrição da sentença ao pedido merece ser repensado, liberando-se de sua adesão ao pedido imediato (i.é, ao provimento jurisdicional) para reivindicar uma congruência da decisão com o pedido *mediato* do autor, ou seja, com o bem da vida por ele buscado no processo. Desta forma, “se o autor postula a entrega de um objeto, um fazer ou um não-fazer por parte do réu, desinteressa se pediu mandamento ou execução, pois a técnica de tutela empregada será aquela mais adequada para o alcance do bem da

---

<sup>84</sup> **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 106.

<sup>85</sup> Em sentido diverso, restringindo a tutela executiva *lato sensu* às obrigações de dar coisa e deveres de restituir coisa, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 191.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 152.

<sup>87</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 127-128.

vida – objeto, ou fazer ou um não fazer – ao demandante. O juiz estará adstrito, assim, ao pedido *mediato*, mas não à técnica de tutela jurisdicional, que, como manifestação do poder estatal, encontra limites nas normas aplicáveis ao processo (...) e não no pedido imediato – ou, diríamos mais coerentemente, nas *sugestões* de técnicas de tutela – feitas pelo autor.”<sup>88</sup> Acrescente-se, de forma oportuna, que o sistema admite, eventualmente, o desligamento da tutela até mesmo *do próprio pedido mediato do autor*, como ocorre, por exemplo, na hipótese de conversão do pedido de tutela específica em perdas e danos.

## 2. A atividade de concretização da decisão da causa

### 2.1 A “pessoalização” dos direitos, a universalização da sentença condenatória e sua superação

A “pessoalização” dos direitos reais representa uma alteração de paradigma no âmbito na ciência jurídica<sup>89</sup>. Trata-se de um fenômeno de enorme repercussão, que, apesar de vinculado a certas circunstâncias históricas e ideológicas, já inteiramente desaparecidas, ainda imprime seus efeitos sobre o direito processual civil contemporâneo. Esse fenômeno da “pessoalização” dos direitos subjetivos liga-se, ademais, à universalização da sentença condenatória, que passou a ser concebida como forma de tutela por excelência oferecida pelo sistema processual civil a todos os direitos cuja satisfação reclama uma atividade material do órgão judiciário, não se contentando com a produção de efeitos simplesmente “jurídicos”.

Segundo faz notar Ovídio Baptista da Silva, a universalização da sentença condenatória é obra do processo comum medieval<sup>90</sup>, resultante do trabalho dos compiladores, que, desde o plano do direito material, dando curso a tendência que já se esboçava no direito romano tardio<sup>91</sup>, agregaram às tradicionais fontes romanas das obrigações – o delito e o contrato – a classe das “obrigações legais”, nascendo daí a concepção de que os vínculos obrigacionais podem ser diretamente emanados da lei. Tal fenômeno de “privatização” reduziu todas as relações jurídicas das quais decorrem deveres a relações de “débito-crédito”. Ampliado o âmbito das obrigações, operou-se o correspondente alargamento, no âmbito processual, da *actio* romana, com a consequência de que a proteção jurisdicional assegurada a todo dever jurídico devesse

---

<sup>88</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 137.

<sup>89</sup> Paradigmas, na acepção de Thomas Kuhn – referenciada por Ovídio Baptista da Silva – constituem -se em pressupostos ou premissas de construção de uma concepção científica, permitindo-a estruturar-se como ciência “normal”, em oposição a uma “ciência revolucionária” (**Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 30).

<sup>90</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004. pp. 132-133.

<sup>91</sup> Daniel Francisco Mitidiero. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 34.

conduzir, necessariamente, a uma condenação. Generalizou-se, assim, desde o período medieval, a equação *obligatio-actio-condemnatio*; o procedimento da *actio*, que no *ordo judiciorum privatorum* fora direcionado para a tutela das relações obrigacionais, de natureza estritamente privada<sup>92</sup>, acabou transportado ao moderno direito processual com um escopo mais amplo, disso resultando a universalização da sentença condenatória e a supressão da tutela interdita<sup>93</sup> (efeitos amplamente visíveis no processo civil brasileiro contemporâneo).

Como a *actio* não compreendida no seu interior a atividade executiva, limitando-se ao escopo da cognição dos fatos e do direito<sup>94</sup>, o procedimento que haveria de resultar desse “resgate” outro não poderia ser que um processo puramente cognitivo, reservando-se as atividades de execução para outro processo, dotado de autonomia; em outras palavras, aí estava lançada a base do “Processo de Conhecimento”, tal como concebido pelo movimento processualista. Em Bernhard Windscheid teve-se a sistematização e decisiva inserção, no período moderno, dessa doutrina da ‘pessoalização dos direitos reais’, advinda do processo medieval.

A compreensão destes fatos poderia ter levado os processualistas a identificar o anacronismo da generalização da tutela condenatória, propiciando sua superação. A tardança em assim proceder – no Brasil, a tendência só começou a ser revertida com as reformas processuais dos anos 1990 – deveu-se, em boa medida, ao domínio do paradigma iluminista na ciência processual, que levou à perda do sentido histórico dos institutos do processo<sup>95</sup>. Com a adoção do dogma da neutralidade da ciência processual e da atemporalidade de suas instituições, os institutos passaram a ser pensados como exclusivas criações da lógica, sem tempo e lugar próprios.

## 2.2 Decisões *auto-suficientes* e *não-auto-suficientes*

Uma útil classificação das decisões (ou tutelas) reside na sua forma de cumprimento. Certas decisões são suficientes para satisfazer o interesse do autor, sem a

---

<sup>92</sup> Ovídio Baptista da Silva assim distingue entre a *actio* e os *interdicta*: “havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a *actio* e os *interdicta* (...) tidos estes, porém, especialmente os interditos, como providências de natureza administrativa, exercidos pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição.” (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25).

<sup>93</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004. pp. 132-133.

<sup>94</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24

<sup>95</sup> Mostra-se oportuna, neste contexto, a advertência de Ovídio Baptista da Silva: “Falta-se nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessar-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultural, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta.” (**Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.p. 299).

necessidade de atividade ulterior do órgão judicial; são denominadas *auto-suficientes*. Decisões outras reclamam uma “concretização”, ou seja, uma atuação judicial de intervenção na realidade sensível, mediante a prática de atos materiais. No primeiro grupo inscrevem-se as sentenças preponderantemente declaratórias e constitutivas; no segundo, as decisões preponderantemente condenatórias, mandamentais e executivas<sup>96</sup>. Similar é a classificação proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que distingue as tutelas *prescritivas ou auto-satisfativas*, que satisfazem por si mesmas, sem necessidade de qualquer ato material futuro, exigindo simplesmente uma conduta passiva das partes (declaratória e constitutiva<sup>97</sup>); e as tutelas *hetero-satisfativas*, que reclamam um comportamento ativo do vencido: condenatória (pagar a dívida), mandamental (cumprir a obrigação ou o dever de fazer ou de não fazer) e executiva *lato sensu* (entregar o bem)<sup>98</sup>.

Em realidade, as espécies de sentenças classificadas como não-auto-suficientes dependem, em última análise, da concepção adotada pelo estudioso do processo civil em face da categoria das decisões condenatórias. Para aqueles autores - ainda numerosos na processualística brasileira - que identificam a tutela condenatória com a atuação do juiz sobre a realidade dos fatos, toda decisão carente de concretização (não-auto-suficiente) haverá de ser, necessariamente, condenatória. Essa postura que circunscreve à categoria condenatória todas as sentenças que ensejam a realização de atos materiais posteriores – a qual segue defendida, aliás, por praticamente toda a doutrina européia – demonstra seu compromisso ideológico com o já abordado paradigma da “pessoalização” dos direitos. Subjacente a ela está a ideia de que os direitos controvertidos, tão logo adentram o processo, convertem-se em direitos obrigacionais<sup>99</sup>. Trata-se, portanto, de mais um reflexo das opções ideológicas da ciência processual, o qual certamente nada apresenta de “neutro”, por mais que se busque qualificá-lo como uma questão meramente *técnica*.

### 2.3 A atividade material do juízo: sua “jurisdicionalização” e “constitucionalização”

A doutrina processualista do início século XX, plenamente identificada com os parâmetros da ordinariedade e com a função essencialmente declaratória da jurisdição, não concebia a atividade material realizada para concretizar a decisão da causa como

---

<sup>96</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 145; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**, p. 269.

<sup>97</sup> Conforme sublinha Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o cumprimento da tutela constitutiva emana da própria prolação da sentença, a determinar em si mesma a modificação jurídica. Portanto, o comportamento esperado da contraparte é passivo: unicamente agir em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no ato sentencial.” (**Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 169).

<sup>98</sup> **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 140-141

<sup>99</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 146

sendo *jurisdicional*. Francesco Carnelutti, em sua obra *Sistema del diritto processuale civile*, de 1936, ainda considerava jurisdicional *somente o processo declarativo*, por ele intitulado “processo de conhecimento.”<sup>100</sup> Também para Piero Calamandrei, aquilo que realizasse o juiz do domínio dos fatos, faria como administrador, não mais como juiz<sup>101</sup>. A atividade material seria então *administrativa*, concepção que se identifica inteiramente com a classificação trinária das ações. As repercussões fáticas das decisões – isto é, executivas e mandamentais – seriam meras consequências do ato jurisdicional, não tendo o mesmo *status* jurídico da atividade até então desenvolvida para alcançar a certificação dos direitos<sup>102</sup>. Ainda que se percebam, aqui e lá, reminiscências dessa visão, a ciência processual, com advento da compreensão instrumental do processo, compraz-se no reconhecimento da natureza plenamente jurisdicional da atividade voltada à prática de atos materiais. É reconhecida a submissão do procedimento executivo, embora dotado de uma disciplina específica, à ciência geral do processo civil, superando-se o antigo vício metodológico de emprestar à “execução” (=atividade de concretização) menor dignidade científica<sup>103</sup>. Esse tratamento dita profundas consequências, que envolvem a submissão da atividade executiva aos direitos fundamentais e ao modelo constitucional do processo civil. O processo judicial tornou-se um espaço fortemente influenciado pela atuação dos princípios fundamentais. Sobre os órgãos judiciais recai o dever de atribuir a máxima eficácia possível a tais preceitos, respeitando-os na condução do procedimento e na definição do conteúdo material das decisões, bem como negando aplicação à lei que lhes seja contrária<sup>104</sup>. A organização dos tribunais e o procedimento jurisdicional estão largamente *constitucionalizados*, atribuindo uma *compreensão constitucionalmente referenciada* do direito processual<sup>105</sup>, de modo que a organização e o procedimento devem ser interpretados na ótica dos direitos fundamentais<sup>106</sup>. A atividade “executiva” do juízo, não poderia deixar de ser, está plenamente inserida nesse contexto. Com efeito, a concretização da decisão judicial é permeada pelos valores constitucionais que informam a jurisdição no Estado Constitucional, retirando-se dessa concepção os efeitos que estão alinhados à visão metodológica do formalismo-valorativo. Um destes efeitos refere-se à colaboração das partes e do juízo no desenvolvimento do processo.

<sup>100</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44

<sup>101</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 189

<sup>102</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 157

<sup>103</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

<sup>105</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 408.

<sup>106</sup> Como faz recordar Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos de princípios constitucionais em tensão” ( O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, pp. 9-21, janeiro-fevereiro/2004. p. 251).

### 3. Colaboração na concretização da decisão da causa

#### 3.1 Escopo da colaboração no âmbito da atividade material do juízo

A noticiada constitucionalização da atividade de concretização das decisões, enunciada no tópico anterior, demanda uma atuação cooperativa entre as partes e o juízo, como forma de alcançar-se a efetiva tutela dos direitos. Dada a natureza dos atos praticados nesse âmbito, a colaboração também deve apresentar, obrigatoriamente, suas particularidades; essas notas características, contudo – é bom ter presente – não se põem em dúvida a existência de colaboração nesse âmbito (o que é indiscutível), mas referem-se à forma como ela opera no procedimento.

Um primeiro sentido de colaboração prende-se, nesse âmbito, ao valor da **efetividade**, e remete à participação do réu nos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coativas ou sub-rogatórias). A necessidade de colaboração na concretização da decisão ocorre, seja porque determinados tipos de tutela não prescindem da atividade do demandado (coativa), seja porque mesmo na tutela sub-rogatória essa colaboração impulsiona a efetiva atuação dos meios executórios. O valor dessa colaboração é sentido freqüentemente na experiência forense, quando o réu não colabora, ou quando conspira ativamente contra o êxito do procedimento. Neste sentido, entende-se que o processo deve criar condições para que o sujeito recalcitrante sinta-se disposto a prestar. A decisão não pode apenas sugerir o cumprimento: deve utilizar, sempre que necessário, o peso da autoridade estatal para coagir o réu a cumprir, auxiliar ou não interferir na atuação dos meios sub-rogatórios<sup>107</sup>. Já se afirmou que a colaboração neutra e desinteressada do réu na atuação dos meios executivos, a exemplo daquela que reclama a indicação ao juiz do local dos bens sujeitos à execução (CPC, art. 600, IV), é algo improvável, quase ao ponto de ser negligenciável<sup>108</sup>. A alegação só pode ser aceita se devidamente enfatizado o adjetivo “neutra”. É verdade que o sistema processual não deve esperar, como regra, a atuação espontânea do réu submetido à atuação material do juízo. É precisamente por esse motivo, entretanto, que o processo estrutura-se para *estimular a colaboração*, estabelecendo deveres e ônus, tal como o da nomeação de bens pelo devedor, que constava do texto original do CPC (art. 652).

Como afirma Michele Taruffo, a “melhor” execução forçada é a execução que não se mostra necessária. Realmente, a forma ideal de atuação dos direitos é aquela que conta com o adimplemento voluntário pelo devedor. Daí nasce a necessidade de construir uma sistema eficaz e completo, caracterizado por mecanismos de coação e

---

<sup>107</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 218-220.

<sup>108</sup> ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 31.

execução direta, que maximizem o efeito compulsório da atuação jurisdicional<sup>109</sup>. Não é inteiramente verdadeira, por exemplo, ao contrário do que afirma Sérgio Cruz Arenhardt, a assertiva de que as técnicas sub-rogoratórias dispensem a colaboração do executado<sup>110</sup>. Poder-se-ia pensar, à primeira análise, que a efetivação da tutela executiva *lato sensu* prescinde da colaboração do réu, já que tal tutela, por definição, atua através de medidas sub-rogoratórias, que independem da vontade da parte que a elas está sujeita. Essa afirmativa é correta considerando-se uma visão geral da tutela respectiva, porém a necessidade de colaboração mostra-se patente em vista dos *atos executivos*, considerados individualmente<sup>111</sup>.

Um segundo plano de colaboração liga-se ao valor da **segurança**, e tem relação com o controle e a correção da atividade judicial de concretização da decisão. Tem relação com os princípios de contraditório e ampla defesa, que, embora mitigados, intervêm nos procedimentos de realização concreta das decisões não auto suficientes. Cada um destes planos será considerado na análise específica que se segue.

### 3.2 Colaboração na efetivação da tutela mandamental

Na tutela mandamental a colaboração apresenta-se indispensável. Para satisfazer o interesse do autor, o destinatário da ordem deve cumpri-la<sup>112</sup>. Cabe desde já a ressalva de que a ideia de colaboração não pressupõe *espontaneidade*. É possível – aliás, é altamente desejável – que o sistema processual adote mecanismos de pressão que induzam a parte à colaboração e ao cumprimento voluntário da conduta preordenada pelo juízo, pelo emprego de medidas coercitivas adequadas<sup>113</sup>.

Há situações, como na presença de obrigação de fazer infungível, em que a colaboração do réu é a única solução compatível com o desiderato da tutela específica. Aí, a indução da parte a participar ativamente do procedimento, por meio de técnicas próprias da tutela mandamental, reveste-se de importância fundamental<sup>114</sup>. Neste sentido, aliás, o primeiro ato do procedimento de efetivação das sentenças dotadas de eficácia mandamental deve ser a intimação – pessoal – do réu para que cumpra a decisão em prazo assinalado<sup>115</sup>. Neste sentido, aliás, o inciso V do art. 14 do CPC,

<sup>109</sup> Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 144, pp. 57-84, fevereiro/2009. pp. 83-84.

<sup>110</sup> A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 385, pp. 45-60, novembro/2009. p. 47.

<sup>111</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 147

<sup>112</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

<sup>113</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

<sup>114</sup> ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

<sup>115</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 524-525

introduzido pela L. 10.358/2001, serve de importante parâmetro para estruturar a colaboração das partes na efetivação das tutelas processuais que repercutem sobre a realidade factual. Contempla ele o dever das partes de cumprirem “com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.<sup>116</sup>

A conversão em perdas e danos ditada pelo par. 1º do art. 461, CPC, é procedimento que envolve a colaboração do réu e do autor, pois as circunstâncias que motivam dita conversão, situadas que estão no plano do direito material, serão usualmente conhecidas pelo juiz por intermédio das partes. Não pode o juiz deixar de admitir sua participação, ouvindo-as sobre a impossibilidade de atuação da tutela específica.

### 3.3 Colaboração na efetivação da tutela executiva *lato sensu*

Quando é outorgada no processo uma tutela executiva em sentido lato, a colaboração do réu é instada antes mesmo do início das atividades executivas. É nisso que consiste a intimação da parte, dando-lhe a oportunidade de cumprir espontaneamente o julgado, a exemplo do que ocorre nas ações de despejo e de reintegração de posse<sup>117</sup>. Essa intimação é expressamente prevista pelo CPC no tocante à tutela relaciona a obrigação de entregar coisa, na qual, antes da emissão do mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, o devedor deve ser pessoalmente intimado (art. 461-A, par. 2º), fixando-se-lhe prazo para o cumprimento (art. 461-A, caput)<sup>118</sup>. Uma visão essencialmente cooperativa do processo conduz a que, apesar do silêncio do art. 461, a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer *também deve ser precedida da intimação pessoal da parte*, oportunizando-lhe o cumprimento espontâneo do dever reconhecido pela decisão.

Em determinados casos, pelo seu elevado potencial de interferência na esfera jurídica do réu, a própria estruturação das técnicas sub-rogatórias deverá contar com a colaboração das partes, e especialmente daquela que suportará os efeitos da medida. Tome-se como exemplo a técnica sub-rogatória denominada *intervenção judicial* – que

---

<sup>116</sup> Em relação ao dispositivo mencionado, comenta Daniel Mitidiero que “cumprir com exatidão” e “não criar embaraços à efetivação”, para além da distinção evidente de contemplarem uma conduta positiva e a uma negativa, não apresentam entre si qualquer diferença que permita ligá-las à atuação da eficácia mandamental ou executiva da decisão (**Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 176). Não obstante, parece defensável a ideia de que a noção de cumprimento remete à atuação da tutela mandamental (como, aliás, está expresso no texto); enquanto que a vedação de criar embaraços mais se afeiçoa ao cumprimento da tutela executiva, a qual atua por meios sub-rogatórios, em relação aos quais a posição do réu certamente não é a de cumprir, mas sim de abster-se, deixando que os mecanismos judiciais aperfeiçoem-se completamente.

<sup>117</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 149

<sup>118</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 385, pp. 45-60, novembro/2009. p. 49

permite ao juiz intervir, por interposta pessoa, na administração da empresa ou entidade, ou designar agente fiscalizador de suas atividades –, a qual, em razão de sua gravidade, merece ser precedida da oitiva das partes, a quem deve ser assegurado conhecer a identidade do interventor e verificar sua idoneidade para praticar os atos necessários, bem como participar deles, acompanhando as diligências<sup>119</sup>.

A ideia de colaboração também está ínsita à participação da parte mediante a impugnação da atividade executiva, sua retificação e correção. Cabe realçar a necessidade, como corolário de um processo equilibrado e justo, de assegurar meios de *reação da parte sujeita ao cumprimento injusto ou ilegal* de medidas executivas ou mandamentais. Não é necessário insistir no fato: a negativa da possibilidade de defesa do réu no procedimento voltado à efetivação da decisão afrontaria as garantias constitucionais do devido processual legal e do contraditório<sup>120</sup>.

Araken de Assis Arrola entre os meios de reação da parte o agravo de instrumento e, no caso de exceções supervenientes à sentença, a dedução de uma oposição, que, à falta de regulação específica, segundo defende tal autor, deveria seguir o procedimento dos arts. 475-L e 475-M (impugnação ao cumprimento da sentença), com a possibilidade de eventual atribuição de efeito suspensivo pelo juízo<sup>121</sup>. Mais adequada, contudo, ao sentido cooperativo do processo é a posição de Cândido Dinamarco, admitindo a postulação de defesas por simples petição sem suspensão do processo, e, em caráter excepcionalíssimo, ou quando alegada matéria de ordem pública, o manejo de impugnação, nos moldes do art. 475-M do CPC<sup>122</sup>.

Na execução para entrega de coisa permanece vigente o ônus previsto pelos arts. 1.642-1.643 do CC, referente à escolha dos bens determinados pelo gênero e quantidade<sup>123</sup>.

### 3.4 Colaboração na efetivação da tutela executiva *stricto sensu*

A colaboração ocupa papel igualmente relevante na execução que visa a extrair valor do patrimônio do executado, identificando-se com a chamada tutela executiva *stricto sensu*.

---

<sup>119</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 385, pp. 45-60, novembro/2009. p. 55.

<sup>120</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 529-530;

<sup>121</sup> **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 230-231.

<sup>122</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 529-530

<sup>123</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 550

Aspecto relevante concerne à indicação de bens para serem penhorados, âmbito no qual o juiz, por sua posição, depende da efetiva colaboração das partes para poder imprimir eficácia ao desenvolvimento da atividade executiva. A Lei 11.232, alterando o CPC, facultou ao exequente nomear, desde logo, quando do requerimento da expedição do mandado de penhora, bens do executado passíveis de constrição. Possibilitou, desta forma, que o próprio autor, atuando na defesa de seus interesses, efetue pesquisa prévia de bens e indique aqueles que foram localizados, de modo a tornar frutífera a diligência do Oficial. Trata-se de claro exemplo da cooperação da parte com o bom desenvolvimento da execução; com efeito, sendo do maior interesse do exequente encontrar bens penhoráveis<sup>124</sup>, a sistemática tende a ser mais eficaz do que a da prévia nomeação de bens pelo executado, quando a tendência favorecia indicações procrastinatórias e de pouca seriedade.

Conforme o art. 600, inciso IV do CPC, na redação da Lei 11.232), a colaboração do devedor é *incentivada mediante a instituição do* dever de apontar onde estão os seus bens sujeitos à penhora. Referida previsão busca retirar dos ombros do exequente e do Judiciário a localização física dos bens, adotando a lógica mais simples de suscitar a colaboração da parte conhecedora da situação dos bens<sup>125</sup>. Naturalmente, a colaboração da qual se cogita, porque presumivelmente contrária aos interesses do executado, mereceu o necessário reforço legal, tendo-se o não cumprimento do mencionado dever como *ato atentatório à dignidade da justiça*. O exame comparativo da legislação processual civil evidencia outros exemplos característicos de institutos cooperativos na execução por expropriação. A Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola prevê, no seu art. 640, a possibilidade de exequente e executado convencionarem o meio mais eficaz de transformação dos bens penhorados em dinheiro. A cooperação do executado no sentido da efetivação da penhora é igualmente prevista no art. 848-A do Código de Processo Civil português<sup>126</sup>.

Ainda no âmbito da colaboração das partes, porém sob o prisma específico do valor da *segurança*, deve-se ter em conta a figura da exceção – ou melhor, *objeção* – de pré-executividade, de criação jurisprudencial, que funciona com eficaz mecanismo cooperativo. O instituto em questão possibilita seja instaurado um efetivo e sumário contraditório sobre os pressupostos processuais e as condições da ação executiva, podendo auxiliar o órgão jurisdicional a sanar defeitos do procedimento e a extinguir ações que tenham sido propostas indevidamente.

## Conclusão

---

<sup>124</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 204

<sup>125</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 205-206

<sup>126</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

Sabe-se hoje que a ciência processual do início do séc. XX afastou-se do compromisso com o direito material. A elaboração teórica da ação abstrata levou à concepção de uma tutela jurisdicional *única, neutra e indiferenciada*, informada pelo paradigma da *ordinariedade*. A ciência contemporânea busca resgatar a construção de procedimentos informados pelo direito material, colocando ênfase em institutos como a “ação de direito material” e a “tutela material”. Para além de reconhecer a grande influência do direito material sobre o processo, o que importa ter presente é que a escolha da tutela não é definida **exclusivamente** pelo direito substancial. A decisão judicial é marcada pela soberania e por princípios próprios do processo como efetividade e segurança, que interferem na escolha das formas e técnicas do plano processual.

Tutelas materiais e processuais são conceitos importantes e complementares, que interagem entre si. A exploração do tema lança luzes sobre as decisões judiciais não-auto-suficientes e sobre a atividade judicial que as segue, voltada para a adequação da realidade sensível ao pronunciamento judicial. A compreensão de sua natureza jurisdicional determina que atividade material do juiz fique submetida ao regime constitucional do processo civil, integrando-a num *modelo* de processo essencialmente *cooperativo*. A colaboração das partes na concretização da decisão da causa é polarizada pelos valores da *efetividade* e da *segurança*, conferindo impulso, por um lado, aos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coercitivas ou sub-rogatórias), e permitindo, por outro, o controle da legitimidade dos atos judiciais que atuam sobre a esfera jurídica do réu. A cooperação das partes, à luz do contraditório, mais do que condição de uma tutela efetiva dos direitos, *constitui-se em pressuposto para o justo desenvolvimento da atividade material do juízo*.

#### **Referências Bibliográficas:**

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 385, pp. 45-60, novembro/2009.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: **Temas de direito processual: sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. **Revista de Direito Processual Civil Gênesis**, Curitiba, v. 7, n. 26, pp. 711-734, outubro-dezembro/2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, pp. 9-21, janeiro-fevereiro/2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil. V. 1, tomo II**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito material e processo. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 59, pp. 72-97, julho-setembro/1990.

\_\_\_\_\_. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 144, pp. 57-84, fevereiro/2009.

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

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ARTIGO 515, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DA REFORMATIO IN PEJUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 515, § 3 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE POSSIBLE OCCURRENCE OF REFORMATIO IN PEJUS THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

*Luís Henrique Bortolai*

Mestrando em Acesso à Justiça na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUC-Campinas). Membro da Comissão de Cursos e Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Campinas/SP. Advogado em Campinas/SP.

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é proporcionar uma abordagem diferenciada acerca das disposições trazidas no Código de Processo Civil, após o advento da Lei nº 10.352/01, ao acrescentar o parágrafo terceiro ao artigo 515, modificando a sistemática pátria acerca do recurso de apelação, merecendo uma reflexão mais incisiva sobre determinados institutos do ordenamento brasileiro que sofreram alterações, tais como o princípio da *reformatio in pejus* e o da obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, além de uma análise crítica da Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça, principalmente acerca dos conceitos de coisa julgada e de trânsito em julgado.

**Abstract:** The aim of this paper is to provide a differentiated approach brought about the provisions in the Code of Civil Procedure, after the enactment of Law nº 10.352/01, accrue to the third paragraph of article 515, changing the systematic appeal, deserving a more incisive on certain institutes of the brazilian legal system that have changed, such as the principle of *reformatio in pejus* and the obligation of the two levels of jurisdiction, and a critical analysis of Precedent nº 401 of the Superior Court, mainly on the concepts of *res judicata*.

**Palavras-chave:** Lei nº 10.352/01 – Apelação – Art. 515, §3º do CPC – Efeitos da apelação – Princípio do duplo grau de jurisdição – Teoria da causa madura – Princípio da *reformatio in pejus* – Voluntariedade – Disponibilidade – Súmula nº 401 do STJ – Capítulos da sentença – Coisa julgada – Trânsito em julgado.

**Keywords:** Law nº. 10.352/01 - Appeal - Article 515, § 3 CPC - Effect of appeal - The principle of appeal -Theory of the mature cause - Principle of reformatio in pejus - Willingness - Availability - Precedent nº 401 STJ - Chapters of the verdict - Res judicata.

**Sumário:** 1. Introdução 2. O recurso de apelação no ordenamento jurídico brasileiro 3. A inserção do parágrafo 3º no artigo 515 do CPC com a Lei nº 10.352/01 4. A aparente obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição 5. A possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro processual 6. Sumula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça 7. Conclusão. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

A presente abordagem objetiva, de forma sintética, a realização de acerca das mudanças trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, após o advento da Lei nº 10.352 de 26 de dezembro de 2001, em especial ao modificar o artigo 515, inserindo o §3º a aludida norma do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A proposta no presente trabalho tem o intuito de trazer uma visão diferenciada do assunto, ao tentar solucionar dois questionamentos básicos: se é necessário haver um pedido expresso da parte que ingressou com o recurso de apelação, da decisão de primeira instância, para análise dos dispositivos impugnados, no que tange ao seu mérito, sendo questões de ordem pública ou não e se a parte que recorreu da sentença de não conhecimento do mérito pode ter sua situação agravada, com o julgamento improcedente do mérito, por parte do tribunal *ad quem* havendo uma clara ocorrência da mitigação do princípio processual da *reformatio in pejus*. Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça possui julgado interessante, se inclinando em uma determinada linha: “A aplicação prática do art. 515, §3º independe de pedido expresso do apelante; basta que o tribunal considere a causa pronta para julgamento”.<sup>1</sup> Segundo alguns doutrinadores, dentre os quais se destacam Freddie Didier Júnior, no entanto, necessário

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; 4ª Turma; REsp nº 836.932 (2006/0076239-8); Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttman e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; Julgado 06/11/08; DJ 24/11/08.

o requerimento da parte de forma expressa. Ainda neste embate Leonardo José Carneiro da Cunha assim se posiciona:

Como já se viu, a devolutividade da apelação e, de resto, a de qualquer recurso é definida pela parte recorrente. Assim, cabe ao apelante fixar a extensão do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da profundidade que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a profundidade de seu efeito de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra contida nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Já a extensão é, repita-se fixada pelo recorrente, nas razões de seu apelo. Então, o tribunal, concordando ser caso de análise de mérito, somente poderá dele conhecer, após dar provimento ao apelo na parte que impugna a sentença terminativa, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais.<sup>2</sup>

Outra parcela da doutrina, dentre os quais se destacam José Carlos Barbosa Moreira, Luis Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, ponderam pela não necessidade de pedido da parte para o deslinde da demanda. Senão vejamos:

Teria sido melhor que o diploma de 1973 houvesse proibido *expressis verbis* a *reformatio in peius*. Parece-nos, contudo, que à luz dele se torna ainda mais difícil do que à do anterior, senão verdadeiramente impossível, sustentar-lhe a admissibilidade. Com efeito: se a impugnação só abrange parte da sentença, o caput do art. 515 basta para excluir a cognição do órgão ad quem no tocante à matéria não impugnada; conseqüentemente, se o autor que pedira  $x + y$ , e só obtivera  $x$ , apela sozinho, para tentar obter  $y$ , em relação à parcela  $x$ , que por hipótese não foi objeto de impugnação do réu, a sentença transitou em julgado, e o tribunal não pode subtraí-la ao apelante. Mesmo fora desse caso, porém, os argumentos de ordem sistemática utilizáveis sob o regime de 1939, para excluir a *reformatio in peius*, continuam válidos para o ordenamento em vigor, e até se vêem reforçados pela introdução, neste, do recurso adesivo.<sup>3</sup>

Tais questionamentos, de plano, se mostram mais do que suficientes para servirem de pano de fundo do presente artigo, ao revelar a divergência existente acerca

---

<sup>2</sup> DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Inovações no processo civil (comentários às leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85.

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.434.

do tema, que assume relevante importância nas disposições práticas do processo civil. As mudanças legislativas buscam se adequar as necessidades e os anseios sociais, principalmente no que tange a questão do tempo, problema que vem afligindo boa parte da discussão apresentada ao Poder Judiciário, devido a demora na materialização das decisões.

## **2. O recurso de apelação no ordenamento jurídico brasileiro**

A apelação, recurso cabível no combate das sentenças, tem origem na antiguidade, desde Roma, como forma de reavaliar as decisões então proferidas, possuindo uma pertinência temática relevante no âmbito do Poder Judiciário, ao possibilitar uma reanálise, por um colegiado de magistrados, normalmente mais experientes no julgamento das demandas, que reapreciam o processo, em especial àqueles pontos levantados pelo recorrente e pela parte contrária, de modo a concretizar, de modo efetivo, o princípio do acesso à justiça material. O aludido recurso objetiva ora a anulação da decisão inicial do processo, ora a sua reforma, seja total, seja em alguns de seus trechos. Tal espécie de recurso possui diversos efeitos internos em sua concepção, dentre os quais se destacam:

- o devolutivo, ao possibilitar que o novo órgão julgador tenha condições de análise e ponderação das provas e argumentos apresentados, limitando o seu âmbito de atuação, sendo uma característica inerente a todo e qualquer tipo de recurso existente em nosso ordenamento. Segundo as lições de Barbosa Moreira<sup>4</sup>, tal efeito possui uma extensão, delimitando o que está sendo submetido à apreciação do tribunal de segunda instância e uma profundidade, até quando o julgador pode se estender sobre o assunto apresentado, delimitando a matéria a ser objeto de um juízo de ponderação.

- o suspensivo, ao impossibilitar o andamento natural do processo, com as demais fases, em que se destaca a fase de execução da sentença, por exemplo, devendo haver esta reanálise por parte do outro órgão julgador, antes da efetiva materialização dos efeitos legais ali apresentados, que inclusive, podem ser alterados e reformados, causando modificações no plano fático;

- o expansivo, que segundo a concepção moderna, se subdivide em: subjetivo, na qual a esfera jurídica de outras pessoas pode ser alcançada pela sentença terminativa, sejam elas partes na demanda, ou até mesmo terceiros, alheias a discussão principal, porém diretamente ligadas a alguma situação que possibilite esta formação do nexo de causalidade; e objetiva, que possui uma nova subdivisão, em externa, em que existe a possibilidade de desconstituição de uma situação previamente apresentada, em decorrência da sentença judicial modificada pelo novo órgão julgador; e a interna, desdobramento lógico do efeito translativo, que segundo concepção de Nelson Nery Júnior<sup>5</sup>, é o poder de atuação do magistrado agindo *extra*, *ultra* ou *infra petita*, quando

---

<sup>4</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.* p. 424

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 415.

houver questões de ordem pública apresentadas na demanda, que devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, independente de qualquer provação das partes, em que não existe a necessidade de manifestação pelas partes, devendo ser analisados pelos julgadores, como forma de realizar uma melhor ponderação do caso concreto, independente de pedido expresso da parte, realizando-se assim as disposições contidas no texto constitucional, tais como a efetividade da jurisdição e o acesso à justiça.

A mudança legal, trazida pela Lei nº 10.352/01, possibilitou uma verdadeira extensão do efeito devolutivo do recurso em apresso, fornecendo plenos poderes aos desembargadores para apreciação das matérias sequer levantadas e ventiladas pelas partes no recurso de apelação, quando do não recebimento da petição inicial. Nesta linha ainda, a apelação objetiva uma reanálise, seja pela ocorrência de um *error in procedendo* seja pela hipótese de *error in judicando*, dentro do mesmo processo. Tais situações se caracterizam pelo fato de, respectivamente, haver um erro técnico no julgamento, em que o magistrado não se ateve a determinadas técnicas essenciais quando da sua aplicação prática, contaminando a sua decisão, podendo e inclusive devendo ser anulada referida disposição, devolvendo os autos serem devolvidos ao juiz de primeira instância para novo julgamento, quando da necessidade imperiosa de produção de provas. No caso de a demanda estar pronta para o julgamento, o próprio tribunal pode assumir tal encargo, promovendo assim a celeridade processual. A segunda ocorrência decorre do fato de o juiz se pautar por uma apreciação aparentemente equivocada das causas apresentadas, surgindo um vício de natureza substancial, merecendo sua reforma, devido ao possível erro cometido, cabendo ao órgão julgador de segunda instância, pautar pela necessidade ou não de novas provas a serem produzidas, para se considerar apto ao imediato julgamento. Caso contrário, poderá ser devolvido ao juízo *ad quo* para nova análise.

### **3. A inserção do parágrafo 3º no artigo 515 do CPC com a Lei nº 10.352/01**

A alteração no texto processual civil, possui respaldo desde as disposições apresentadas no século XIX, em que a flexibilização do duplo grau de jurisdição já era proposta, conforme se extrai da lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra abaixo transcrita:

E, nesse caso, de *iure condendo*, seria preferível que a solução dada à hipótese da prescrição fosse estendida à apelação das sentenças terminativas, cabendo ao tribunal de apelação verificar, em cada caso, se a causa está madura para o julgamento do mérito, desde logo, pelo próprio tribunal. Apenas no caso negativo voltariam os autos ao primeiro grau de jurisdição. Assim, se evitaria dano para a celeridade e

economia processual, com uma concepção mais flexível do duplo grau de jurisdição.<sup>6</sup>

Com o advento da aludida norma, houve uma severa mudança na sistemática brasileira, principalmente no que tange a interposição da apelação, nas hipóteses de sentenças que sequer tiveram o mérito da demanda analisada em primeiro grau de jurisdição. Antes da referida mudança, havia a apresentação do referido recurso, que ao ser provido pelo tribunal de segunda instância, devolvia o conhecimento da causa ao juiz de primeira instância, para reanálise da demanda. Ocorre que tal procedimento se mostrou muito formalístico e inibidor da efetivação da jurisdição, vez que, com a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância, ordinariamente havia a interposição da apelação, surgindo assim nova análise, após todo o trâmite comum da demanda, por parte do órgão julgador. Na busca pela efetivação real e concreta dos princípios da instrumentalidade, da economia processual, da celeridade<sup>7</sup> e da efetividade, houve por bem trazer mudanças as disposições infraconstitucionais, a fim de racionalizar o procedimento adotado, de modo a trazer uma resposta mais rápida à demanda apresentada, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, quais sejam: se a demanda versar única e exclusivamente sobre matérias de direito, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, o que ensejaria sua devolução ao juízo de primeira instância, que ficaria restrito a disposição contida no acórdão no que tange à necessidade de produção das provas, bem como no fato de a causa estar apta ao imediato julgamento, hipótese esta complementar a primeira, tendo como base o conhecimento e a prudência do desembargador designado. No entanto, para o doutrinador Alexandre Freitas Câmara<sup>8</sup>, não é necessário o preenchimento cumulativo de ambos os pressupostos, mas apenas a possibilidade de julgamento imediato pelo tribunal, vez que o parágrafo em estudo, deve ser analisado em consonância com o sistema processual brasileiro como um todo, em especial o inciso I do artigo 330 do Código de Processo Civil, que versa sobre o julgamento imediato do mérito. Além do que, se a matéria fática não necessita ser provada, o próprio juiz de primeira instância poderia realizar o julgamento antecipado da lide, não havendo, portanto, qualquer nulidade quanto a atuação do tribunal. Esta linha de raciocínio é plausível, vez que está subentendido que, o processo está em plenas condições de julgamento, não existindo a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, estando tudo que é necessário para

---

<sup>6</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, São Paulo: Tese, 1986, p. 107.

<sup>7</sup> 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:  
(...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>8</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. II, 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 90

o julgamento, diante do magistrado. Nesta linha ainda, mesmo que existisse matéria fática em debate, porém já apresentada com o as razões ou contrarrazões do recurso, sendo precedido pela efetivação do contraditório e da ampla defesa, o tribunal já se revela apto ao pleno julgamento da causa. Daí a nomenclatura utilizada na doutrina e na jurisprudência, no que tange ao parágrafo 3º do artigo 515 do CPC, a “teoria da causa madura”, ou seja, aquela discussão que é capaz de ter o mérito julgado de imediato, sem o preenchimento de qualquer outro requisito ou necessidade de devolução da matéria a outro órgão jurisdicional. O ministro Sálvio de Figueiredo assim já se manifestou acerca da teoria da causa madura:

(...) a questão está ‘madura’ quando o tribunal tem os elementos fáticos necessários para poder julgar o fundo do mérito da causa. Não é preciso sequer, *data venia*, que o juiz tenha esboçado maiores considerações sobre ela. ‘Madura’ está, pois, a questão quando não há mais necessidade de ir à 1ª instância para produção de provas.<sup>9</sup>

Sem a necessidade de devolução do processo à primeira instância, há grande economia de tempo e de atos processuais, possibilitando uma maior efetivação das disposições apresentadas na Constituição Federal, conforme já mencionado anteriormente. Tais preceito, se materializando, possibilitam uma revitalização da plena atuação do Poder Judiciário frente às necessidades sociais, bem como evitando a ineficácia das decisões. Importante destaque é trazido pela doutrina, conforme trecho abaixo destacado da obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, acerca da relevância desta mudança, para a sistemática brasileira:

Embora a norma conste a aditiva ‘e’, indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento do mérito pelo tribunal quando a causa estiver madura para tanto. Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade de parte (CPC 267 VI). O tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp 89.240-RJ (2000/0089111-8; Embargante: Masa Participações Metalúrgicas Ltda; Adv. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira; Embargado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás; Adv. Cândido Ferreira da Cunha Lobo, Corte Especial STJ; Julgado 06/03/2002; DJ 10/03/2003.

processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.<sup>10</sup>

A origem histórica desta disposição, já era preceituada conforme dispõe Pontes de Miranda<sup>11</sup> e Barbosa Moreira<sup>12</sup>, nas Ordenações Filipinas, em que o Brasil ainda era uma colônia de Portugal, e revitalizadas novamente no ordenamento, de modo a trazer mudanças substantivas às necessidades modernas. Além disso, a mudança processual não obstrui o princípio do devido processo legal, ao possibilitar que o potencial requerido se manifeste em contrarrazões de apelação, momento em que deverá trazer ao conhecimento dos julgadores, todos os argumentos necessários e atinentes à discussão, materializando assim, as disposições apresentadas pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, evitando assim o tão destemido “efeito surpresa”, em que o requerido é intimado de uma sentença condenatória de mérito, por exemplo, proferida pelo tribunal, que sequer havia tomado conhecimento da ação, sem se manifestar em momento algum. Seguindo de forma essencial a disposição de Carreira Alvim, citado na própria exposição de motivos da lei em alusão, tal mudança busca trazer maior agilidade ao sistema, ao afirmar que:

(...) como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal – como, por exemplo, na Justiça Federal e na dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários – mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem, para que seja julgada no mérito. Tais feitos estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa, constitui a razão primeira e última do próprio processo<sup>13</sup>

Almejando um bem jurídico maior, a efetivação da jurisdição, a mudança legislativa vem apenas possibilitar que os magistrados atuem de forma mais condizente com o poder jurisdicional que possuem, de responderem as demandas que lhe são

---

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extrav.*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 885.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo civil*. Tomo VIII, São Paulo: Forense, 1975, p. 211.

<sup>12</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 429

<sup>13</sup> BRASIL. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474/00, convertido na Lei nº 10.352/01, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário.

apresentadas de forma efetiva e célere. Como não houve apreciação do mérito, uma vez que a inicial sequer foi recebido pelo juízo de primeiro grau, a apelação apresentada, se adéqua a hipótese de apelação total, segunda construção doutrinária, devolvendo ao tribunal toda a matéria a ser discutida, em contrapartida a apelação parcial, típico caso em que somente alguns capítulos da sentença de mérito são combatidos. Alguns doutrinadores se atem ao fato de esta mudança dentro do ordenamento possuir ou não eficácia imediata diante das sentenças que são proferidas diariamente pelos magistrados. Segundo uma linha mais coerente, não importa se as sentenças terminativas tenham sido prolatadas antes de data da promulgação da lei que modificou a sistemática recursal, vez que tal alteração é meramente procedimental, que apenas busca operacionalizar a atuação do tribunal, não atingindo os atos já consumados e regidos pelas disposições legais anteriores, que são protegidos com o manto do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. A título de exemplo, extrai-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que represente muito bem esta interpretação teleológica, que tem predominado na atualidade:

(...) nem se diga que alteração promovida no § 3º do art. 515 do CPC não poderia ser aplicada imediatamente. O princípio de que a lei aplicável aos recursos é aquela vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida não pode ser invocado. Aquele entendimento é reservado aos casos de supressão ou alteração dos próprios recursos, o que não é o caso. Aqui, houve apenas um elastecimento do poder da jurisdição de segunda instância, com mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição, cuja aplicabilidade é imediata, abarcando também os processos com sentença da data anterior à entrada em vigor da nova lei e cujo recurso ou remessa ainda não tem sido apreciados.<sup>14</sup>

Referida mudança não padece de qualquer inconstitucionalidade, vez que as mudanças atinentes aos procedimentos recursais, estão dispostas em normas infraconstitucionais, como o caso do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que pode sofrer alterações por meio de leis do mesmo nível hierárquico, sem qualquer nulidade ou problema prático. No entanto, relevante que tal aplicação se limite única e exclusivamente ao recurso de apelação, por ser uma disposição expressa neste sentido, ao interligar o *caput* do artigo 515 do CPC com seus parágrafos, não podendo ser estendido a qualquer outra espécie de recurso, seja o especial ou o extraordinário, por exemplo. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergirem sobre o tema, conforme excertos abaixo transcritos, respectivamente:

---

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Civil nº 2001.72.09.003082-4/SC, 5ª Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante: Haroldo Kuhl; Adv. Miguel D. Artagnan Buchmann; Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Adv. Mariana Gomes de Castilhos; V.U., Julgado em 29/08/02; DJ 18/09/02 in REPRO 111/371.

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - TERCEIRO PREJUDICADO - UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA - SÚMULA 202/STJ - APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, CPC - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - EXAME DO MÉRITO - ISENÇÃO DE IPVA - LEI ESTADUAL Nº 10.849/92. (...) 2. A jurisprudência do STJ admite aplicar recurso ordinário em mandado de segurança a regra do art. 515, § 3º, do CPC. Inúmeros precedentes. 3. Posição que diverge do entendimento do STF (RMS 24.309-4, Rel. Min. Marco Aurélio; RMS 22.180/DF, Rel. Min. Eros Grau), inadmitindo a aplicação analógica do art. 515, § 3º CPC em recurso ordinário. 4. Afastando-se o óbice procedimental que impediu o exame do pedido mandamental, retornam os autos à origem para exame do mérito. 5. Recurso ordinário provido em parte.<sup>15</sup>

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. IMÓVEL FUNCIONAL. LEI N. 8.025/90. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (...) 3. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC - inserido no capítulo da apelação - aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional. Precedentes [RMS n. 24.309, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.2004 e RMS n. 24.789, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 26.11.2004]. 4. Recurso ordinário julgado parcialmente procedente, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da impetração. Decisão: A Turma deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1a. Turma, 22.06.2005.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; RMS 27.368/PE; Rel. Ministra Eliana Calmon; Segunda Turma; Recorrente: Estado de Pernambuco; Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A; Julgado em 17/03/2009, DJ 27/05/2009.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal; RMS 22180/DF; Recurso em Mandado de Segurança; Relator(a): Min. Eros Grau;; Órgão Julgador: Primeira Turma; Parte(s) Reclamante: Alvaro Jose Teles Pacheco; Advogado: Anthony de Souza Soares e Outro; Reclamado: União Federal; Julgamento: 22/06/2005; DJ 12/08/05.

O julgado do STJ valeu-se do princípio da analogia para aplicação do preceito em alusão, no entanto, não se apegou ao fato de que os recursos dos tribunais superiores terem a função de reanálise da causa, e não de uma mera cassação das decisões, como ocorre, por exemplo, no recurso de apelação. Nesta linha ainda, a Súmula nº 41 do referido tribunal pondera que: “O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.” Diante disso, resta evidenciado a contradição existente entre os dispositivos, vez que a interpretação feita do artigo 515 vai de encontro a disposição da súmula nº 41 do STJ, caindo por terra a argumentação apresentada no primeiro julgado acima transcrito, vez que os tribunais superiores são tribunais de exceção, e não ordinários. Além disso, essencial apontar que, se nem o juiz de primeira instância e nem o tribunal analisaram a demanda, não existe razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça assumir tal encargo, vez que caberiam aos órgãos inferiores tal incumbência. Reiterando tal posicionamento, apenas as normas constitucionais podem estabelecer as matérias competentes dos tribunais superiores, não cabendo a lei ordinária tal fardo, como seria o caso do CPC, sob flagrante hipótese de inconstitucionalidade, o que não pode prosperar.

A aparente contradição existente entre o caput do artigo 515, que limita o conhecimento do juiz de segunda instância às matérias impugnadas pela parte no âmbito do recurso, não se contradiz com a disposição do parágrafo terceiro, ora em análise, vez que tal situação se limita apenas aos casos em que o juiz de primeira instância sequer conheceu do mérito, havendo, portanto, a devolução integral de todo e qualquer argumento apresentado ao tribunal, que não se limitará apenas as disposições apresentadas no bojo do recurso, havendo ou não pedido expresso da parte ao requerer o imediato julgamento da demanda, posicionamento moderno e que vem se firmando na jurisprudência<sup>17</sup>, preconizando desta forma a efetiva resposta do Estado, detentor do poder jurisdicional, de trazer uma solução plausível ao fato controvertido que lhe é apresentado.

#### **4. A aparente obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição**

---

<sup>17</sup> PROCESSO CIVIL. PROCESSO. EXTINÇÃO. SENTENÇA TERMINATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. APELAÇÃO. TRIBUNAL. MÉRITO. JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE FATO. CAUSA MADURA. 1 - Extinto o processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva ad causam, pode o tribunal, na apelação, afastada a causa de extinção, julgar o mérito da contenda, ainda que não haja pedido expresso nesse sentido, máxime se, como no caso concreto, as razões de apelação estão pautadas na procedência do pedido inicial, porque demonstrado o fato constitutivo do direito e não contraposta causa extintiva desse mesmo direito. Deficiência técnica que não tem força bastante para se opor à *mens legis*, fundada na celeridade, economia e efetividade. (...) (STJ; 4ª Turma; REsp 836.932; Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttman e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; Julgado em 06/08/2008; DJE 24/11/2008)

O princípio do duplo grau de jurisdição está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita no que tange as relações privadas, através de uma interpretação sistemática das disposições apresentadas no Código de Processo Civil, em especial no que se refere ao artigo 475<sup>18</sup>, que inclusive sofreu modificações com o advento da Lei nº 10.352/01, ao se basear nas sentenças proferidas em face da Fazenda Pública. Referida disposição, segundo a compreensão do tema, principalmente pelas exposições de Nelson Nery Júnior<sup>19</sup>, é uma típica condição de eficácia da sentença, transferindo ao tribunal de segunda instância, o conhecimento integral da matéria em debate, para então surtir efeitos práticos na realidade.

O professor Nelson Nery Júnior, traz importante lição, essencial ao presente estudo, acerca da incidência do princípio do duplo grau de jurisdição, qual seja: “(...) muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema da Constituição Imperial”.<sup>20</sup> Portanto, tal preceito é uma faculdade que a parte possui ao ingressar ou não com o recurso cabível, quando do momento propício, após a prolação da sentença, não sendo uma obrigação inerente a tutela jurisdicional. O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na Revolução Francesa, segundo preceitua Moacyr Amaral Santos<sup>21</sup>, modificou as concepções até então existentes, possibilitando o reexame das decisões, tornando muito mais efetivas e seguras às sentenças judiciais.

A norma do artigo 475 do Código de Processo Civil se limita apenas as sentenças proferidas em face do Estado em seu sentido lato, bem como as que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Tais disposições se mostram pertinentes e aplicáveis, sempre que a União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, estiverem num dos

---

<sup>18</sup> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

<sup>20</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.41.

<sup>21</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 3º vol., 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 83/84.

pólos da ação, não sendo, porém, um preceito fundamental a ser aplicado em todos os demais casos, em que particulares estão em conflito. Se as partes se sentiram satisfeitas com a decisão proferida pelo juiz de primeira instância, por exemplo, bem como no caso de um acordo em que os litigantes chegaram, não há motivo para a obrigatoriedade de uma nova análise da demanda, apenas para cumprimento deste preceito. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal possui preceito bem elucidativo à presente demanda, principalmente ao interpretar os tratados internacionais da qual o Brasil é signatário:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.<sup>22</sup>

O Decreto nº 678/92, que introduziu no ordenamento brasileiro, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, materializado por meio do Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, preconiza em seu 8º, item 10 que qualquer pessoa possui “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Com a alteração promovida no artigo 5º da Constituição Federal, inserido o parágrafo terceiro ao aludido artigo, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, tal mudança possibilitou a equiparação das convenções internacionais sobre direitos humanos, como a supra mencionada, das demais disposições constitucionais, assumindo tal alteração importante papel em face da atual conjuntura mundial, principalmente com a interação constante entre os países. Em sentido contrário, conforme mencionado no julgado acima transcrito resta evidenciado que tal garantia não é unânime, podendo sofrer mitigações, em determinadas hipóteses, na busca por uma efetivação da jurisdição, concretizando outros princípios tão essenciais quanto o do duplo grau de jurisdição, como o da

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 601.832 AgR; Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Agravante: Casem Mazloum; Adv. Adriano Salles Vanni e Outros; Agravado: Ministério Público Federal; Julgado em 17/03/2009; DJ 02/04/2009; RSJADV jun., 2009, p. 34-38; RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524.

economia processual e o da celeridade. Tal exemplo reflete, de forma imaculada, a possibilidade clara e evidente de não aplicação, em todos os casos, de um reexame da matéria, devido a relevância que determinados princípios possuem, em hipóteses determinadas, em detrimento de outras necessidades mais propícias ao caso concreto. Fica evidenciado com o exemplo supra mencionado que existe sim a possibilidade de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição, sem qualquer ocorrência de nulidade no processo.

A efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição possui posicionamentos favoráveis e contrários na doutrina e na jurisprudência. A favor milita a necessidade de julgadores mais bem preparados, com uma formação mais completa e atual, que se preocupe com o verdadeiro fim daquela demanda que lhe é apresentado. Além disso, a possibilidade de um grupo de magistrados mais experientes, que estão acostumados a lidar com estes casos, que, reunidos, debatem e ponderam os pontos apresentados de modo a trazer um julgamento mais equânime ao caso concreto também se mostra um argumento adequado a aplicação do duplo grau de jurisdição. Em sentido oposto, a redução da incidência do duplo grau de jurisdição provocaria uma evidente limitação ao acesso à justiça, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil<sup>23</sup>. Além disso, tal proposição é um claro obstáculo à efetivação das decisões, devido à necessidade de um novo exame da matéria, por um novo órgão julgador, criando mais um problema a plena efetivação das disposições contidas na resposta jurisdicional. O texto constitucional também dispõe no seu artigo 5º inciso LV que: “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”. Tal preceito, diferentemente do que muitos doutrinadores apresentam, tal como Luiz Guilherme Marinoni<sup>24</sup>, garante a efetivação do contraditório e da ampla defesa, sendo o princípio do duplo grau de jurisdição um reflexo da interpretação expansiva da aludida norma, devendo ser ponderado e sopesado cada situação em que deve haver a sua incidência, de modo a evitar problemas de aplicação das normas.

O doutrinador sempre crítico em seus posicionamentos, porém sempre pontual a presente discussão é José Carlos Barbosa Moreira, ao dissertar sobre a possibilidade de a parte que ingressou voluntariamente com recurso de apelação ter a sua situação analisada diretamente pelo tribunal:

---

<sup>23</sup> 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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 217.

Modificou substancialmente tal regime a Lei nº 10.352/2001, ao acrescentar ao art. 515, § 3º, a cuja luz pode ocorrer, agora, que uma sentença meramente terminativa venha a ser substituída por acórdão relativo ao *meritum causae*. Ampliou-se o efeito devolutivo da apelação e, do mesmo passo, tornou-se inevitável a revisão das ideias correntes acerca do princípio do duplo grau de jurisdição – que, repita-se, não está definido em texto algum, nem tem significação universal fixada *a priori*: seu alcance será aquele que resulta do exame do *ius positum*, e portanto discutir se o infringe ou não disposição legal como a que ora se comenta é inverter os termos da questão.<sup>25</sup>

Portanto, a materialização do princípio do duplo grau de jurisdição objetiva uma dupla finalidade, a de solucionar eventuais falhas cometidas pelo juiz que primeiro analisou a demanda e trazer uma nova resposta ao litígio, por meio de uma nova ponderação, através de um colegiado de magistrados. Seguindo a linha da presente abordagem, o julgamento pelo tribunal, com fundamento no artigo 515, §3º do CPC, não foge das premissas acima apresentadas, vez que esta solucionando as possíveis falhas causadas pelo juízo monocrático de primeira instância, ao não receber a petição inicial, bem como revitalizando o acesso à justiça, ressurgindo o sentimento de efetivação da jurisdição, ao trazer uma solução, de plano, ao caso concreto apresentado. Resta evidenciado, portanto, que, quando existir um conflito entre princípios, não existe uma exclusão de um deles, mas sim uma coexistência de ambos, em que cada situação apresentada deve ter suas núncias podenderadas, de modo a trazer ao caso concreto a melhor decisão possível. Segundo o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

(...) o tribunal mesmo julgando o mérito sem o pedido do apelante e contra sua posição no litígio, não haverá, quebra do princípio do duplo grau, nem exclusão do contraditório, porque o julgamento feito pelo tribunal incidirá sobre o processo precisamente no ponto em que incidiria a sentença do juiz inferior.<sup>26</sup>

Tal posicionamento se mostra prudente as necessidades e anseios das partes, ao trazer o maior grau de efetivação à jurisdição, possibilitando que a situação apresentada seja julgada o quanto antes. Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior se manifesta no seguinte sentido:

---

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.430.

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160

(...) aos se atribuir ao tribunal, em exegese ao § 3º do Art. 515 do CPC, o poder de proferir a decisão de mérito sobre tema (o mérito) que não foi objeto de requerimento e debate no pronunciamento recursal estar-se-á afrontando direito das partes, sobretudo do litigante que vier a experimentar derrota.<sup>27</sup>

Referido doutrinador se limita a questões meramente formais, que não podem ser colocadas a par da real e efetiva prática da jurisdição, trazendo ao caso concreto uma resposta objetiva e satisfativa ao comando apresentado, seja pelo tribunal, seja pelo juiz de primeira instância. Diante disso, mostra-se muito mais prudente os argumentos contra a supremacia do duplo grau de jurisdição do que os prós, única e exclusivamente nos casos apresentados no artigo 515, §3º do Código de Processo Civil, por ser uma medida justa e que não traz qualquer problema ao caso, vez que as partes possuem a oportunidade de se manifestarem acerca do caso, em suas razões de apelação.

## **5. A possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro processual**

Assim, como citado na obra de Alexandre Freitas Câmara<sup>28</sup>, a apresentação do recurso de apelação, de forma voluntária e espontânea, por parte do autor da demanda, possibilita a apreciação plena por parte do tribunal, havendo a clara possibilidade de julgamento do mérito, podendo tal demanda ser julgada improcedente, o que impossibilitaria a repropositura da ação, algo que não ocorreria caso o autor se conformasse com a sentença do juiz de primeiro grau. A própria aplicação da mudança legislativa apresentada na presente abordagem, tem o intuito de trazer maior efetividade e celeridade ao andamento recursal, não havendo, portanto, a necessidade de pedido expresso no que tange a sua aplicação, por ser um poder-dever do julgador, e não uma mera faculdade apresentada ao mesmo, seja no que tange a matéria de ordem pública, seja em qualquer levantamento apresentado, não podendo ser alegado o efeito surpresa quando do pronunciamento de um possível julgamento improcedente do recurso, vez que ao interpor a apelação, o requerente tinha total conhecimento dos possíveis resultados desta demanda. Nesta linha, atual é a lição trazida por Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Ao julgar o mérito, o tribunal poderá decidir pela procedência ou improcedência do pedido. Se decidir pela improcedência, não haverá *reformatio in pejus*, embora seja inegável que, para o autor, ela é pior que a extinção sem julgamento do mérito, já que impede a repropositura da demanda. Mas só há *reformatio*

---

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 664

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 92

*in pejus* quando a sentença de primeiro grau tenha sido de mérito, isto é, tenha apreciado a lide. Se foi meramente extintiva, o juiz nem sequer apreciou a pretensão formulada pelas partes, e o tribunal poderá acolhê-la ou rejeitá-la.<sup>29</sup>

A doutrina tem posicionamentos bem reflexivos no que tange à presente abordagem, através de uma olhar diferenciado e crítico sobre a disposição legal, como por exemplo, a lição do então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que:

Outro problema diz respeito a eventual resultado menos favorável ao apelante, pois uma carência poderia transformar-se em improcedência.

(...)

Admitida essa premissa, chega-se à conclusão inexorável de que o sistema processual brasileiro passou a admitir, ainda que em caráter excepcional, a *reformatio in pejus*. O apelante pretendia simplesmente a cassação da sentença terminativa e acabou recebendo pronunciamento de mérito contrário a seus interesses. Sem dúvida, sua situação piorou com o resultado do julgamento realizado em 2º grau. Mas a solução é previsível e justificável, pois representa simplesmente a antecipação de um resultado que, mais cedo ou mais tarde, viria a ocorrer. Se aceita a limitação ao duplo grau, princípio inerente ao sistema, mas não dogma intangível, em nome da celeridade processual, especialmente porque não se vislumbra prejuízo a qualquer das partes.<sup>30</sup>

A própria jurisprudência do STJ já tem posicionamento neste sentido, conforme trecho a seguir destacado: “No julgamento do mérito subsequente à cassação da sentença terminativa, é permitido ao tribunal decretar a improcedência da demanda, sem que isso esbarre nas vedações à *reformatio in pejus*”.<sup>31</sup> Assim, parece ser algo tão claro que a *reformatio in pejus* pode ocorrer na realidade jurídica, vez que o ato de apelar surgiu de uma liberalidade própria da parte, que não sofreu qualquer imposição legal para tal atuação, agindo pelo seu livre convencimento, conhecendo todas as regras

---

<sup>29</sup> GONGALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 2. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 77/78

<sup>30</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 452.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; 2ª Turma; REsp nº 859.595; Ministra Eliane Calmon; Recorrente: Caixa Econômica Federal; Adv. Marcos Nogueira Barcellos e Outros; Recorrido: Alair João Claudino; Adv. Erivecio Mendonça; Julgado 21/08/2008; DJ 14/10/2008.

e procedimentos existentes, não podendo alegar que foi prejudicado, quando já possuía conhecimento disso de antemão.

## 6. Sumula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça

Relevante também pautar algumas considerações acerca das disposições contidas na Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”, editada em 07/10/2009. Referida orientação do tribunal superior, busca individualizar e delimitar, com aparente segurança jurídica, uma data precisa para o início da contagem do prazo decadencial, para propositura da ação rescisória, não se importando com os capítulos e trânsitos em julgado parciais possivelmente ocorridos no transcurso da demanda. O doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, traz importante lição acerca da existência dos capítulos de sentença de forma autônoma e separada das demais disposições da sentença:

Cada capítulo do decisório quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos dos outros. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares). Na teoria dos capítulos de sentença autônoma não é sinônimo de independência, havendo capítulos que comportariam julgamento em outro processo e também, em alguns casos, um capítulo que não o comportaria (o que rejeita preliminares).<sup>32</sup>

A não interposição de recurso, em face de determinados partes da sentença, faz com que aquele trecho da decisão judicial transite em julgado, uma vez que não foi objeto de manifestação das partes, nem mesmo do tribunal, quando da interposição do recurso, havendo com isso, o trânsito em julgado daquele trecho, formando-se assim a coisa julgada material, passível de imediata execução, conforme

---

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p.34.

entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo seguinte extrato de um julgado:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DEFINITIVA. EMBARGOS À EXECUÇÃO PARCIAIS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO PARCIAL. CONFORMIDADE COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. ART. 739, §2º DO CPC. 1. São definitivas a execução de parte de decisão judicial, não objeto de recurso ordinário ou extraordinário na fase de conhecimento, e a execução de título executivo judicial, quando pendente a apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos. Precedentes. (...) <sup>33</sup>

Tal posicionamento é seguido por alguns doutrinadores, tais como Eduardo Arruda Alvim <sup>34</sup> e Barbosa Moreira <sup>35</sup>, no entanto, tal opinião ainda é minoritária, devido à própria existência da súmula do Superior Tribunal de Justiça. A decisão pioneira que ensejou toda esta fundamentação, está balizada no Recurso Especial nº 404.777/DF, conforme trecho a seguir transcrito: “Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial”. <sup>36</sup>

Referido julgado, busca trazer à tona um conceito clássico, porém em desacordo com os anseios atuais, ao não possibilitar uma subdivisão da decisão judicial, como de fato ocorre, em capítulos, que tratam cada um de determinado ponto levantado, de modo a facilitar a compreensão do assunto, bem como de auxiliar a segmentação das matérias a serem possivelmente impugnadas. O Ministro do aludido tribunal, Paulo Medina, que votou de forma diversa dos demais ministros no julgado acima mencionado, se manifestou de forma expressa, seguindo a linha apresentada na presente exposição, desde que não houvesse relação entre os capítulos da sentença, o que poderia ensejar eventual confusão processual. Segundo o aludido ministro:

---

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 514.961/RS; Relatora Ministra Lautira Vaz; Recorrente: União; Recorrido: Ivone Raffi e Outros; Adv. Thiago Cecchini; Julgado 08/03/05; DJ 09/05/05.

<sup>34</sup> ALVIM, Eduardo Aruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 623/624.

<sup>35</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 265/266

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

A coisa julgada material resulta da conjugação da existência de decisão de mérito e de esgotamento dos recursos (= trânsito em julgado). Não necessita de requisito temporal, relativo à extinção completa da lide. Assim, pode restar configurada a coisa julgada material, não obstante ainda penda recurso na causa de ser apreciado. A assertiva é facilmente verificável quando se visualiza hipótese em que, por exemplo, o mérito da causa tenha sido julgado, restando irrecorrido, e uma das partes manifeste inconformismo em relação apenas a preliminar de legitimidade passiva, por exemplo, trazendo a discussão referente à preliminar até o grau extraordinário.<sup>37</sup>

Esta segmentação se mostra essencial também, ao possibilitar a interposição de uma possível ação rescisória, no competente órgão julgador, dependendo do momento em que aquela parte da sentença transitou em julgado. Tal entendimento é seguido pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula nº 100, que se apresenta da seguinte maneira:

Súmula 100. Ação rescisória. Decadência.

(...)

II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.01);

A possibilidade de trânsito em julgado parcial é mais do que uma evidência na realidade jurídica brasileira, vez que possibilita a fase de execução, ainda que provisória, por parte do vencedor da demanda. Os juristas que se coadunam com o entendimento do STJ, pregam maior segurança aos processos, ao reunir em um único momento, a formação da coisa julgada material, bem como evitar possíveis tumultos processuais, ao reunir numa mesma demanda, autos principais e ações rescisórias que possivelmente poderiam entrar em conflito. No entanto, tal raciocínio merece severas críticas vez que impossibilita a efetivação da jurisdição, bem como da celeridade processual, um dos princípios essenciais e basilares do ordenamento jurídico brasileiro moderno, que se mostram extirpados da realidade, ao tornar ainda mais moroso a

---

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

possibilidade de qualquer discussão sobre determinados temas do processo, quando ainda do seu trâmite. A segmentação das decisões torna ainda mais evidente que o Estado está atuando de forma ativa na prestação jurisdicional, ao possibilitar novos debates sobre determinados pontos, tornando ainda mais viva à demanda judicial.

Relevante diferenciar dois institutos essenciais a presente discussão, porém inconfundíveis, qual seja o trânsito em julgado e a coisa julgada. A coisa julgada necessita da ocorrência prévia do trânsito em julgado, porém a recíproca não é verdadeira. O trânsito em julgado, segundo a concepção de Eduardo Talamini, em estudo específico acerca do tema, é o “aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença”.<sup>38</sup> Em contrapartida, a coisa julgada é a “autoridade que se estabelece impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito”.<sup>39</sup> Esta diferenciação se mostra essencial ao presente trabalho, ao possibilitar a distinção entre os dois institutos, que visivelmente se referem a momentos e situações opostas, merecendo especial atenção do interprete-aplicador, no momento de sua análise.

## 7. Conclusão

A problemática apresentada no presente artigo se mostra pontual a atual conjuntura da sistemática recursal brasileira, pois está intimamente ligada a efetivação dos princípios da celeridade e da economia processual. Possibilitar que o tribunal de segunda instância assuma o encargo de solucionar a demanda, proporcionando um ambiente mais claro e que traga maior certeza jurídica às demandas, é um objetivo louvável e necessário a atual conjuntura do ordenamento brasileiro.

Diante das exposições apresentadas, resta patente que a atuação do magistrado, seja em primeira seja em segundo grau de jurisdição, deve ser ativa e permanente, de modo a possibilitar a plena efetivação da tutela jurisdicional, proporcionando aos litigantes, uma resposta precisa e que satisfaça as necessidades e anseios depositados perante o Poder Judiciário, guardada as suas devidas proporções. A inovação trazida com o parágrafo terceiro do artigo 515 do CPC revela uma mudança de concepção, buscando uma maior celeridade e efetivação das disposições contidas no referido diploma, tornando o magistrado um ser muito mais ativo na relação processual, atuando de acordo com as necessidades e anseios que a situação que lhe apresenta necessita, buscando trazer a melhor solução ao caso concreto.

Acerca do tema, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco conclui muito bem as exposições aqui apresentadas:

---

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

<sup>39</sup> TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32.

Afaste-se desde logo a suspeita de que este princípio *peque* por inconstitucionalidade ao permitir um julgamento *per saltum*, ficando, pois excluída a decisão da causa pelo juiz inferior – porque na ordem constitucional brasileira não há uma garantia do duplo grau de jurisdição.

A Constituição Federal prestigia o duplo grau como princípio, não como garantia ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas à imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da competência originária dos tribunais, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado.

Em face disso, em princípio não é inconstitucionalmente repudiada uma norma legal que confine em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior.<sup>40</sup>

Sobre os questionamentos propostos no início da abordagem, extraem-se as seguintes conclusões: não é necessário haver um pedido expresso da parte, seja para o julgamento imediato por parte do órgão de segunda instância, seja para análise de questões atinentes ao recurso de apelação, em seu mérito, levantamento de ordem pública ou próprias do julgamento da demanda, graças ao poder-dever do magistrado, ao tomar conhecimento dos apontamentos existentes e das informações apresentadas juntos da demanda, que necessitam ser apreciados de plano. Além disso, existe a possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro, devido ao fato de o recorrente ter conhecimento, ao interpor o recurso de apelação, de que sua situação pode ser agravada, ao ser julgado improcedente, com a conseqüente resolução do mérito, algo que o juiz de primeira instância não fez, impossibilitando a repositura da demanda.

### Referências Bibliográficas:

- ALVIM, Eduardo Aruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. In. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.).

---

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38

*Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474/00, convertido na Lei nº 10.352/01, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp 89.240-RJ (2000/0089111-8; Embargante: Masa Participações Metalúrgicas Ltda; Adv. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira; Embargado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás; Adv. Cândido Ferreira da Cunha Lobo, Corte Especial STJ; julgado 06/03/2002; DJ 10/03/2003.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 514.961/RS; Relatora Ministra Lautira Vaz; Recorrente: União; Recorrido: Ivone Raffi e Outros; Adv. Thiago Cecchini; julgado 08/03/05; DJ 09/05/05.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; 2ª Turma; REsp nº 859.595; Ministra Eliane Calmon; Recorrente: Caixa Econômica Federal; Adv. Marcos Nogueira Barcellos e Outros; Recorrido: Alair João Claudino; Adv. Erivecio Mendonça; j. 21/08/2008; DJ 14/10/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; 4ª Turma; REsp nº 836.932 (2006/0076239-8); Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttman e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; julgado 06/11/08; DJ 24/11/08.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; RMS 27.368/PE; Rel. Ministra Eliane Calmon; Segunda Turma; Recorrente: Estado de Pernambuco; Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A; julgado em 17/03/2009, DJ 27/05/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI nº 601.832 AgR; Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Agravante: Casem Mazloum; Adv. Adriano Salles Vanni e Outros; Agravado: Ministério Público Federal; julgado em 17/03/2009; DJ 02/04/2009; RSJADV jun., 2009, p. 34-38; RT v. 98, n. 885, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal; RMS 22180/DF; Recurso em Mandado de Segurança; Relator(a): Min. Eros Grau;; Órgão Julgador: Primeira Turma; Parte(s) Reclamante: Alvaro Jose Teles Pacheco; Advogado: Anthony de Souza Soares e Outro; Reclamado: União Federal; Julgamento: 22/06/2005; DJ 12/08/05.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Civil nº 2001.72.09.003082-4/SC, 5ª Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante:

Haroldo Kuhl; Adv. Miguel D. Artagnam Buchmann; Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Adv. Mariana Gomes de Castilhos; V.U., julgado em 29/08/02; DJ 18/09/02 in REPRO 111/371.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. II, 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, São Paulo: Tese, 1986.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Inovações no processo civil (comentários às leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de sentença*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONGALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 2. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo civil*. Tomo VIII, São Paulo: Forense, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extrav.*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 3º vol., 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

*Luiz Fabião Guasque*  
Procurador de Justiça-RJ

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os *standarts* do juízo arbitral; 3. As fontes do Direito e o procedimento arbitral; 3.a. Costume; 3.b. A cláusula compromissória ou convenção arbitral; 4. A integração da lei no procedimento arbitral; 5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral; 6. O valor dos precedentes.

### **1. Introdução.**

Antes que o Estado avocasse a missão de fazer justiça, outras foram as maneiras de solucionar os litígios.

Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial), surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que, portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranquilidade e a ordem. Por isso, o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace, físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém de fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (*arbiter*).

Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois, de qualquer litígio, as partes incumbiam, também, a outrem, da função de completá-lo, como por exemplo, no contrato de compra e venda em que a fixação do preço era deixada ao arbítrio alheio. A figura que então aparecia era a do arbitrador (*arbitrator*).

O arbitramento, que já figurava nas Ordenações Filipinas, no Livro III, títi. XVI (Dos Juízes e árbitros) e Tít. XVII (Dos arbitradores), aparecia, também no Código Civil de 1916, art. 1.037 e segs. e no Código de Processo Civil, arts. 1.072 e segs. (*arbiter*) e no mesmo Código Civil, art. 1.123 e ainda no Código de Processo Civil, em matéria de liquidação de sentença (art. 606) (*arbitrador*).

A lei 9.307 de 23 de dezembro de 1996, trouxe nova regulação para a atividade arbitral, estabelecendo normas gerais a serem seguidas nesta espécie de composição de conflitos, mas

deixando ao prudente arbítrio dos árbitros, todas as questões procedimentais da relação jurídica arbitral, decorrentes de atos, fatos e negócios jurídicos, que venham a ocorrer no seu curso.

Os tribunais arbitrais, nas hipóteses específicas dos interesses conflituosos das partes no procedimento, não julgam *secundum legem*, mas *secundum aequitatem*, posto que, no caso, a lei não existe, e também, não se pode recorrer aos preceitos do Código de Processo Civil, para integrar por analogia seus comandos, pois as relações têm natureza diversa, sendo a primeira de direito privado (coordenação) e a segunda de direito público (subordinação), o que inviabiliza a aplicabilidade do princípio: *ubi eadem ratio ibi eadem ius* (onde há a mesma razão de decidir, deve ser aplicado o mesmo preceito).

O árbitro tem que decidir, não de acordo com a lei, mas em consonância com as aspirações e ideais jurídicos, em outras palavras: *secundum ius fieri*, devendo haurir o direito nas mesmas fontes materiais em que o encontra o legislador.

Desta forma, tem o árbitro, freqüentemente, na relação jurídica estabelecida pelas partes, concessão de poder discricionário, o que lhe aproxima da função administrativa.

## **2.Os *standarts* do juízo arbitral.**

Afora isso, o árbitro leva em conta certos padrões flexíveis, baseados mais propriamente no razoável do que no estritamente justo. Em lugar de tipos definidos, de fórmulas rígidas, como os contidos na lei, os *standarts* apresentam moldes elásticos, dentro dos quais os fatos podem caber sem se deformar e sem mutilações. Assim, o árbitro avalia os comportamentos tendo em consideração os padrões de lealdade, consciência ética, prudência, zelo e assim por diante.

Há mais de um século, iniciou-se na Alemanha, um “movimento” (*Bewegung*) em favor da maior liberdade do juiz na aplicação do Direito e na criação dele<sup>41</sup>. Em maior ou menor escala essa atividade criativa dos juízes, essa jurisprudência construtiva sempre existiu. Com o Pretor, ela ajudou a erguer o monumento do Direito Romano. O *Lord Chancellor*, na Inglaterra, com ela completou o *Common Law*. E até nos países em que o juiz está mais agrilhado à lei, ela consegue impor-se, travestida de interpretação do texto legal.

Ainda aqui, o drama da conciliação entre a segurança e a justiça: a primeira coloca o juiz na camisa de força das normas legais; a outra exige que se lhe afrouxem os laços para que ele possa fazer obra mais perfeita, como de regra, ocorre no procedimento arbitral.

## **3.As fontes do Direito e o procedimento arbitral.**

---

<sup>41</sup> Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1º, nota 98, págs. 388 e segs. “Movimento do Direito Livre” (*Freirechts Bewegung*).

A primeira tarefa de quem fala em fonte do Direito é a de assentar bem em que sentido essa expressão deve ser usada. Com razão afirma Legaz y Lacambra<sup>42</sup>, que o problema das fontes do Direito é complexo exatamente porque essa expressão equívoca compreende sentidos diversos, cada um dos quais suscita uma questão diferente. Em seguida mostra nada menos de sete significados respectivamente correspondentes a outros tantos distintos problemas.

Convém, no entanto, advertir, que vários deles não são jurídicos. Assim, não é jurídico, mas histórico, o problema do conhecimento das fontes históricas do Direito, *v.g.*, documentos, testemunhos de contemporâneos, monumentos, inscrições etc. Não é jurídico, mas sociológico, o problema dos fatores sociais geradores ou inspiradores das normas jurídicas. Não é jurídico, mas filosófico, o problema do fundamento ético, psicológico, econômico, etc., das normas de Direito.

São, ao contrário, jurídicos os problemas relativos ao órgão criador do Direito (fonte de produção) e ao processo de manifestação do Direito (fonte de cognição): legiferação, costume, etc. Para o árbitro, o problema das fontes pode ser colocado nos seguintes termos: onde encontrar a solução de um caso proposto em relação ao procedimento e seus efeitos para às partes, que o desafia na relação jurídica arbitral? No Código Civil? Na Lei de Falências? No Código Comercial, etc? Então são estas as fontes em que ele deve se abeberar para sorver o Direito e resolver os conflitos e os efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos na relação arbitral?

Tomada a palavra fonte em sentido corrente, a do Direito, em que se vai socorrer o árbitro, não seria propriamente a lei, esta seria a que emana da fonte<sup>43</sup>. Mas não há erro, senão apenas verdadeira metonímia, no uso da palavra lei como fonte do Direito<sup>44</sup>.

### **3 a. Costume.**

Por ordem de aparição histórica, a primeira fonte do Direito é o costume, que consiste no conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira constante e uniforme pela convicção de sua obrigatoriedade e utilidade.

O costume compõe-se de um elemento objetivo: a reiteração, a constância, a uniformidade, a generalidade da prática de determinados atos, e de um elemento subjetivo: a *opinio iuris*, o convencimento geral da necessidade jurídica, da obrigatoriedade de observância daquela prática.

Daí que nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmos, são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que deve ser. Não tem força normativa, porque a norma pressupõe uma valoração, isto é, uma operação da inteligência que julga os fatos e uma adesão da vontade aos que são reputados bons para a convivência social, e no caso da

---

<sup>42</sup> Introducción a la Ciencia del Derecho, pag. 344.

<sup>43</sup> Goldschmidt, Problemas Generales de Derecho, págs. 66 e segs; Legaz y Lacambra, Introducción, pág. 346.

<sup>44</sup> A afirmação é de Tornaghi, Instituições de Processo Penal, Vol, 1º, pag. 101.

arbitragem, os que permitem a valoração do que é necessário para alcançar uma solução justa para os interesses econômicos e sociais pretendidos pelas partes em conflito.

No direito interno, o valor do costume é secundário, embora no Brasil, a partir da introdução na Constituição da República de 1988 do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), autêntico remédio das jurisdições de equidade, seu valor entre nós foi redimensionado, o que nos permite afirmar a existência de um sistema misto de jurisdição, o que é confirmado pelo advento da súmula vinculante, atividade criadora do Direito pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito internacional, entretanto, continua a ser fonte importantíssima como o grande manancial de regras jurídicas, ainda mais poderosa que os tratados, porque onde há costume, há persuasão de que convém respeitar.

No juízo arbitral, o árbitro, ao dar forma explícita à norma costumeira flutuante na consciência de todos, a enriquece e adorna, com elementos que estão na sua mente, e são aferidos dentro da realidade dos interesses das partes. Com isso, ele também cria o Direito positivo, e com esta obra pretoriana, ele contribui para opulentar e perfazer o Direito, para lhe dar organicidade e vida, e, principalmente, alcançar a solução justa.

A jurisprudência, e no nosso caso específico, as decisões dos árbitros, em princípio não são fontes do Direito, mas como a arbitragem se estabelece pela existência de um negócio jurídico de direito privado, através da denominada “cláusula compromissória”, onde a lei de regência não estabelece os efeitos para os atos (*lato sensu*) no procedimento arbitral dos contraentes, o preenchimento das suas lacunas sem dúvida é atividade criadora da norma jurídica.

### **3.b . A Cláusula compromissória ou convenção arbitral.**

A cláusula compromissória ou convenção arbitral, tem conteúdo civil ou comercial, e exprime o concerto pelo qual duas ou mais partes, criam vínculos jurídicos entre si e estabelecem normas sobre como se resolverão os conflitos decorrentes de relação jurídica anterior. Funciona como fato constitutivo de obrigação ou fonte de normas gerais e abstratas; ora são contratos, ora atuam como leis entre as partes.

Como negócio privado, exige: capacidade dos contraentes, consenso, causa verdadeira e lícita, objeto possível e também lícito.

Quanto a forma, deve se dizer, que são escritos e solenes, nada impedindo, entretanto, que quando escritos, resultem de correspondência ou troca de notas por quaisquer meios eletrônicos, como por exemplo: *e-mail*.

### **4. A integração da lei no procedimento arbitral.**

O procedimento arbitral é uma imensa lacuna, no que concerne aos efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos que ocorrem no seu curso, pois a lei de regência lhe dedica apenas quinze artigos (art. 19 a 33), o que nos leva afirmar, que tais lacunas foram desejadas pelo legislador, que deixa seu preenchimento ao consenso das partes ou ao prudente arbítrio do árbitro.

Em sentido histórico, o problema das lacunas da lei não é novo. Já Aristóteles dele tratou de passagem na *Ética a Nicômaco* (V,13, II, 38 a I ) e, mais cumpridamente, na *Arte Retórica* (I, 13, I, 374 a 28 – I 374b22). Distinguiu as lacunas desejadas pelo legislador das involuntárias.

As primeiras, isto é, as voluntárias, têm lugar quando “não podendo tratar precisamente de todas as coisas, o legislador se vê forçado a estabelecer regras gerais, aplicáveis à maioria dos casos, mas não a todos”. As outras, as involuntárias, “quando o legislador deixa de prever um fato”. Como instrumento para preencher as lacunas da lei, Aristóteles sugere a equidade, a respeito da qual discorre com grande beleza na *Ética a Nicômaco*, em páginas nas quais atinge o sublime.

Entre os romanos tornou-se famoso o ensino de Juliano (10 D.1,3): “Nem as leis nem as Constituições do Senado podem ser escritas por forma compreensiva de todos os casos que, eventualmente , possam ocorrer...”<sup>45</sup> Fadda e Bensa, em nota (t) ao § 23 do Tratado de Windscheid, lembram ainda outras passagens desse título (*De legibus, Senatusque Consultis, et longa consuetudine*) que traduzem o mesmo pensamento<sup>45</sup>. A solução apontada por Juliano era a do recurso à analogia: *ad similia procedere atque ita jus dicere debet*. Mas como assinalam os dois notáveis anotadores das pandectas windscheidianas, o jurista romano “facilmente encontrava, na mina inesgotável do *jus gentium* e do *aequum et bonum*, os materiais com que preenchia as freqüentes lacunas da lei escrita”. E, às observações de Fadda e Bensa, pode acrescentar-se que o magistrado romano era dado também recorrer à *naturalis ratio* e que ele tinha o poder de dizer qual a norma aplicável ao caso concreto, até quando a lei não fosse lacunosa, quando mais quando o fosse. As Institutas de Justiniano mandam preencher as lacunas com o recurso ao *bonnum et aequum* (25 I.3,24).

Na Idade Média usou-se largamente do recurso ao Direito natural, e o Direito comum retomou o caminho apontado por Aristóteles, recorrendo à equidade como fonte supletiva: *ubi jus déficit, aequitas supplet*. Na Alemanha medieval os escabinos de um lugar consultavam os de outro. Na Espanha, o Preâmbulo da Compilação aragonesa de 1247, mandava que o juiz suprisse as lacunas da lei usando o bom senso e a equidade: *Ubi dicti fori non sufficerint, ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*.

Na Catalunha, o aplicador da lei valia-se dos costumes; em Castela acudia o Rei. E assim, por diante, várias eram as maneiras de preencher as lacunas da lei.

---

<sup>45</sup> Tornaghi, Instituições, Vol.1º ,pag. 142.

Nos tempos modernos, algumas legislações indicam o remédio para a lei lacunosa. O Código Civil austríaco manda, no § 7º: “Quando não se puder decidir um caso segundo a letra da lei, nem conforme o seu sentido natural, devem levar-se em conta casos semelhantes disciplinados precisamente pela lei e os motivos de leis análogas. Se ainda assim, houver dúvida, há que decidir segundo os princípios do Direito Natural, tendo em consideração as circunstâncias apuradas com toda diligência e maduramente ponderadas”. Na Itália, já antes da unificação, vários Códigos (Sardenha, Este, Estado Pontifício) continham normas a respeito. Na Suíça, o cantão de Ticino ordenava que se recorresse à analogia e, quando impossível, ao Direito comum.

Algumas leis faziam apelo ao Direito Romano; mas como tal devia entender-se o Direito comum, isto é, o Romano com as alterações trazidas pelo Canônico e pelos costumes.

Portanto, a lacuna da lei é a janela pela qual o juiz, e no nosso caso o árbitro, entra na seara do legislador e o Direito natural penetra no Direito positivo.

## **5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral.**

A instância arbitral se estabelece a partir do negócio jurídico denominado: “cláusula compromissória”, que é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º da Lei 9.307/96).

A primeira consequência, é o surgimento para os contraentes, da possibilidade de exigir do outro um *facere* ou *omitere*, em relação ao estipulado na cláusula, o que traduz a existência de direito subjetivo, pois através desse instrumento, se liga pelo menos duas pessoas, ou seja, a que pode exigir (titular do direito, *ayant droit*, *avente diritto*, *Rechsträger*, *derecho habiente*) e a que deve fazer (obrigado, *lato sensu*). Do direito subjetivo decorre a pretensão (ou exigência) (pretesa, *Anspruch*), que no caso, é a possibilidade de exigir do outro a submissão ao juízo arbitral.

Quem tem direito pode exigir, pode pretender alguma coisa (um *facere*, *lato sensu*) de outrem; deste se diz que tem dever, isto é, que deve fazer (omitir e tolerar são formas de fazer, em sentido amplo).

O exercício desse direito subjetivo, confere ao árbitro, verdadeiro poder jurídico de sujeição dos contraentes ao juízo arbitral, que será exercido nos limites da lei e da cláusula compromissória, submetendo-os à sua vontade. A este poder jurídico não corresponde dever jurídico para as partes, mas somente a sujeição ao painel arbitral. O titular desse poder (arbitrator), não tem direito de exigir que os sujeitos da relação arbitral façam alguma coisa, pode

é fazer isso a custa da provocação da jurisdição estatal, que determinará que o sujeito da relação arbitral não tenha como se livrar desta situação<sup>46</sup>.

Portanto, o juízo arbitral estabelece sujeição das partes ao painel, determinando esta obrigatoriedade e criando verdadeira situação jurídica.

Mas, como resolver questões procedimentais ou efeitos decorrentes desses atos das partes no procedimento, se a lei propositadamente, não regula a prática dos atos e seus efeitos?

A solução, como não poderia deixar de ser, será recorrer-se à equidade, que por tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis (art.1º), não submete o árbitro a qualquer limitação em relação aos efeitos dos atos das partes no procedimento.

Entretanto, existem princípios, que decorrem da situação de que os contraentes em conflito, elegeram esta via por interesses comerciais e econômicos, decorrentes da relação jurídica originária.

Nesse sentido, importante decisão proferida no procedimento arbitral xx/2006 da Câmara FGV de Arbitragem, C.V.R.D e C. S. A. B.-A, em relação aos efeitos da revelia face a não observância do prazo para a entrega da resposta, mas com manifestação de vontade nesse sentido, demonstra o recurso às fontes como meio de resolver as questões procedimentais por equidade.

No julgamento, os Drs. P. B. M. e L. G.<sup>47</sup>, entenderam que “se deve afastar o excessivo rigor na contagem do prazo para o oferecimento das razões iniciais, sobretudo diante da incerteza com relação à data da efetiva intimação da parte para fazê-lo”, concluindo que: “desnecessário seria submeter-se a petição a outra parte”, “ainda mais quando a questão envolve dúvidas sobre o início da contagem do prazo”.

Verifica-se que a ausência de preceito, coloca os árbitros no campo do julgamento dos efeitos dos atos da parte a partir da equidade, podendo recorrer apenas ao constante do Termo

---

<sup>46</sup> Art. 22 – Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ou vir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de convenção de arbitragem.

§3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§4º - Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

<sup>47</sup> O painel arbitral era composto pelos árbitros: Drs. P.S.A.S.F. (Presidente); P.B.M. e L.G.

Arbitral, item 4.3 que: “estabelece que os prazos começam a fluir após o recebimento efetivo da respectiva intimação”, tendo esta se dado quando do recebimento do e-mail.

De início, na primeira premissa da decisão em sua parte dispositiva, o árbitro presidente conclui que: “não se pode aplicar ao procedimento arbitral, e às partes, o rigor do previsto no Código de Processo Civil”, e no sentido de colocar a questão de fato em relação aos termos *ad quo* e *ad quem* de resposta, o recurso ao art. 57 do Regulamento levou-o a afirmar que “a notificação (intimação), mediante e-mail, não pode prevalecer a da carta, isto é, a luz dos termos constantes da redação do item 4.4 do Termo de Compromisso Arbitral”.

Após percutiente análise quanto à origem e o significado do que vem a ser revelia para o Código de Processo Civil, o Presidente Dr. P. S. F. recorreu às fontes históricas da palavra esclarecendo que: “a raiz da palavra bellum significa guerra, como anota Eliézer Rosa: “por castelhanismo, revel é rebelde e revelia é rebeldia”, esclarecendo que “no processo, por variações semânticas mal explicadas, o revel não é aquele que quer guerra, e sim aquele que não a quer, pois revelia, no mundo do direito, não significa desobediência e sim inércia, silencia, ausência de espírito de guerra ou de luta”.

Buscou ele a fonte do Direito Romano, para afirmar que: “na mesma linha do Direito Romano, as Ordenações eliminaram as penas contra o revel, recusando a ficta confessio, derivada do simples fato da revelia, cuja única consequência estava em se negar ao revel o direito de apelar da sentença”.

Também recorreu ao Regulamento 737 bem como a Consolidação Ribas e de forma ampla aos Códigos estaduais, para constatar que essas regulações “não introduziram grandes modificações ao modelo criado pelas Ordenações, que limitaram-se a abolir a restrição imposta ao revel, no que respeita ao direito de apelar”.

A pesquisa comparativa da legislação anterior, o auxiliou no estudo da evolução do direito, posto que o Código de Processo Civil de 1939, em consonância com os artigos 34 e 209, considerava o revel réu confesso, liberando o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu pedido.

As fontes do direito estrangeiro lhe informaram que os Códigos de 39 e 73, se afastaram da tradição italiana, para aderirem a corrente alemã, que trata com rigor o revel, pois a legislação desta última de 1977, considerava que a ausência do autor e do réu à audiência de debate oral obrigatório, caracteriza a contumácia.

O recurso às fontes de doutrina brasileira, lhe revelou que as duas expressões: revelia e contumácia significam a mesma realidade jurídica: desatendimento ao ônus de comparecer e que revelia seria a contumácia do réu.

Verificou na decisão, que no direito atual, o Código de Processo Civil de 1973, não deu conceito jurídico à revelia, tratando apenas dos seus efeitos no artigo 319, que determina: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. E recorrendo mais uma vez a fonte doutrinal, constatou que Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento ao afirmar que: “o legislador utilizou o conceito de revelia para identificar situação diferente daquela vislumbrada no processo judicial: trata-se aqui de identificar a hipótese de um dos contendentes simplesmente não praticar ato algum durante o juízo arbitral. Isto pode ocorrer com arbitragens instituídas por compromisso ou por cláusula compromissória” (Arbitragem e Processo, 2ª Ed. Atlas, São Paulo, 2004, pp.271/272).

Como premissa fática, a constatação de que na hipótese “há pedidos contrapostos, mas não se pode falar em autor e réu, pelo simples fato de ambas as partes terem requerido, **simultaneamente**, a instalação do tribunal arbitral, não se podendo, pois, falar em revelia, que é ausência de contestação”, situação que o levou a afirmar que “não ocorreu inércia processual (contumácia) da C.V.R.D, pois esta manifestou a vontade no sentido de que a questão fosse submetida aos árbitros e, para tanto, compareceu apresentando suas razões iniciais, daí, de todo impossível o deferimento do que pretende a Requerente: decretação da revelia, pela inobservância do prazo de 30 dias para apresentação das razões e o conseqüente desentranhamento da peça”.

Essas premissas levaram o árbitro Presidente Dr. P. S. F.<sup>48</sup> a afastar seus efeitos no procedimento arbitral, com as assertivas de que:

1º - revel é uma atitude de rebeldia ao procedimento, não sendo questão só de prazo, mas de atitude;

2º - critérios simplesmente formais não são aplicáveis ao procedimento, devendo ser utilizados os que mais favorecem ao suposto revel;

3º - a forma não submete a intenção, que deve ser avaliada de acordo com a finalidade do procedimento;

4º - a simples anuência ao compromisso arbitral, determina a intenção de participar e de submeter os conflitos a um árbitro.

---

<sup>48</sup> 2.Com tais fundamentos, decide-se:

a) ser desnecessário submeter a petição da Requerente à parte contrária;  
b) desacolher a pretensão da Requerente que pretendia a decretação da revelia da CVRD, com o conseqüente desentranhamento da peça de suas razões iniciais;  
c) dar ciência as partes, mediante carta registrada ou Sedex 10, com protocolo assinado por pessoa devidamente identificada, a ser expedida pela Secretaria da Câmara Arbitral.  
Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2006.  
P. S.A.S.F. (Árbitro Presidente).

Portanto, afora a garantia do *due process of law*, prevista na Constituição da República como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV, LV) o árbitro<sup>49</sup> construirá os efeitos dos atos das partes no procedimento a partir da equidade, e nesse sentido, uma maneira célere e segura de garantir este equilíbrio, é criar sistema de precedentes procedimentais, de forma a que nessas questões, o árbitro siga standards que serão utilizados para adequar a situação de fato aos julgamentos anteriores registrados na Câmara de Arbitragem.

## 6.O Valor dos precedentes.

O Direito anglo-americano vincula o juiz ao precedente, ainda que injusto, por entender que a certeza do Direito e, com ela a segurança, é um bem ainda maior que a justiça. Nesse sentido, o juízo arbitral não precisa chegar a tanto, mas pode se valer de situações semelhantes já enfrentadas anteriormente para fundamentar suas decisões.

Desta forma, o valor do precedente em questões procedimentais, é que, passo a passo, se vai aprimorando os costumes e lapidando o Direito, cada vez mais firmado na segurança e impregnado de justiça. Cabe ao árbitro a missão de obter o máximo de justiça com, pelo menos, o mínimo indispensável de segurança.

Situação semelhante ocorreu no Direito Inglês.

Como os tribunais do *Common Law* se tornaram presos aos remédios já existentes, esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), fosse ela de fazer ou de abster-se, passando a resolver tudo em perdas e danos, as próprias *courts of law*, isto é, tribunais que julgavam segundo o *Common Law*, passaram a recorrer aos remédios de equidade, tanto da equidade individual (epiquéia), temperando o rigor da lei (*duress*), quanto da equidade social, com que lhe preenchiam as lacunas, evitando a denegação da justiça (*unfairness*).

Como sempre acontece, a equidade entrou no Direito pela mão esquerda dos juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de equidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (*Eyre*) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (*Justices in Bank*). Isso explica, que o procedimento nos condados distantes da capital, apresentassem características que depois iriam encontrar-se no procedimento *in equity*.

---

<sup>49</sup> A decisão se materializou na ordem processual n. x: Defiro o que se requer na petição da C.V. R.D. datada de 28 de dezembro p.p., subscrita pelos ilustres advogados, Drs. R. R. A. e T. M.F. para, com base no princípio do contraditório, assinar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão, para manifestarem-se a respeito das peças apresentadas pela C.S.A.B-A e subscritas pelo ilustre advogado Dr. L. F. P. Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 2007.  
P.S.A.S.F. (Presidente).

Nos meados do século XIV, os juízes de circuito (*justices in Eyre*) começaram a ser substituídos por juízes de paz (*Justices in peace*). Ao mesmo tempo, começaram a surgir os ritos procedimentais (*forms of action*); desapareceu a execução específica da obrigação (*specific performance*), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade para os tribunais, de fazer justiça.

Aconteceu, então, que aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de *Common Law* invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (outrage). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no *Common Law* remédio adequado (*adequate remedy at law*), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso *ex informata conscientia*. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de *equity*, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (equidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chancelar.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (decree), verdadeiras sentenças baseadas na *equity*. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o *Common Law* e uma quase-jurisdição que julgava por equidade: a *Chancery Court*. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

A *Chancery Court* julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava decree.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de *equity* (*suit in equity*) era quase informal. Em simples petição (*bill in equity*), o reclamante pedia as providências necessárias para a proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O *decree* era concedido *rebus sic stantibus*: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o decree, era processado por desobediência ao tribunal (*contempt of court*).

Estas experiências do passado na busca da verdadeira justiça, auxiliam ao árbitro no momento em que se depara com fatos no procedimento, que afetam o direito da parte, e devem ser analisados e dirimidos com o recurso à equidade.

Ao julgar esses incidentes no procedimento arbitral, o árbitro atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente, e forma precedentes que dão segurança e auxiliam a solução dos conflitos no procedimento de maneira célere.

**DO AMPLO ACESSO À JURIDIÇÃO E DA (IN) APLICABILIDADE DA  
RETENÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO**

**DEL AMPLIO ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y DE LA (IN)  
APLICABILIDAD DE LA RETENCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIAL Y  
EXTRAORDINARIO**

*Magno Federici Gomes*

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Padre Arnaldo Janssen. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário UNA. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado Sócio do Escritório Raffaele & Federici Advocacia Associada.

**Resumo:** A Lei nº 9.756/98 acrescentou o § 3º, ao art. 542 do Código de Processo Civil (CPC). Instituiu que, nos casos em que o Recurso Extraordinário (RE) e o Recurso Especial (RESP) fossem interpostos em face de acórdão proferido em agravo de instrumento, eles deveriam ficar retidos nos autos, até eventual reiteração, pela parte interessada, de sua apreciação pela superior instância. Entretanto, apesar do imperativo trazido no dispositivo, constata-se que a realidade prática dos tribunais mitigou sua aplicação, admitindo a subida imediata do recurso quando a decisão impugnada é susceptível de causar às partes interessadas dano grave ou de impossível reparação. Desde a vigência da Lei nº 11.187/05, com exceção dos agravos que versarem sobre o não recebimento da apelação ou os seus efeitos, todos os instrumentos deverão impugnar decisões que são passíveis de causar aos litigantes lesão grave e de difícil reparação. O objetivo desta pesquisa não foi outro senão investigar a aplicabilidade objetiva atual do art. 542, § 3º, do CPC, em face da vigência da Lei nº 11.187/05, que circunscreveu o cabimento do recurso de agravo de instrumento, restringindo-o às hipóteses legais, tudo em consonância com o princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88). A metodologia empregada pautou-se no estudo do direito processual civil e constitucional, sob um enfoque dogmático e jurídico propositivo. A título de conclusão,

verifica-se a inaplicabilidade da retenção e não a revogação, expressa ou tácita, do dispositivo legal-processual que o prevê, isto é, do art. 542, § 3º, do CPC, analisando todos os seus consectários.

**Resumen:** La Ley nº 9.756/98 introdujo el § 3º, del artículo 542 del Código de Proceso Civil brasileño (CPC). Instituyó que, en casos en el que el Recurso Extraordinario (RE) y el Recurso Especial (RESP) sean presentados en contra resolución fallada en recurso de queja, ellos deberían quedarse retenidos en el proceso, hasta eventual reiteración, por el interesado, para su apreciación por el Juzgado superior. Sin embargo, a pesar del imperativo de la norma, la realidad práctica de los tribunales ha mitigado su aplicación, admitiendo el envío inmediato del recurso cuando la decisión impugnada generar daños graves o de imposible reparación. Desde la aprobación de la Ley nº 11.187/05, con excepción de las quejas por inadmisión de apelaciones o sobre los efectos de su admisión, todas los recursos por instrumento van a impugnar decisiones que generan daños de imposible reparación. El objetivo de esta investigación ha sido analizar la aplicabilidad objetiva del actual artículo 542, § 3º, del CPC, ante la aprobación de la Ley nº 11.187/05, que restringió el cabimiento de la queja por instrumento a los hipótesis legales. El análisis ha sido hecho en conjunto con el principio constitucional del amplio acceso a la jurisdicción, existente en el artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución de la República brasileña de 1988 (CR/88). La metodología se ha planteado en el estudio del derecho procesal civil y constitucional, en un enfoque dogmático y jurídico-propositivo. Como conclusión, se ha verificado la inaplicabilidad de la retención y no la revocación, expresa o tácita, del dispositivo legal procesal del artículo 542, § 3º, del CPC. Además, se ha analizado todas sus consecuencias.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil; Direito Constitucional; Inaplicabilidade do regime de retenção dos Recursos Extraordinário e Especial; Advento da Lei nº 11.187/05; Acesso à jurisdição.

**Palabras-clave:** Derecho Procesal Civil; Derecho Constitucional; Inaplicabilidad del régimen de retención de los Recursos Extraordinarios y Especial; Aprobación de la Ley nº 11.187/05; Acceso a la jurisdicción.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Conceito de recurso – 2.1. Agravo de Instrumento – 2.1.1. Breve histórico e considerações gerais – 2.1.2. O cabimento e a atual forma de interposição – 2.2. Recursos Extraordinário e Especial – 2.2.1. Brevíssimo histórico do recurso extraordinário – 2.2.2. Brevíssimo histórico e considerações acerca do recurso especial – 2.2.3. Cabimento dos recursos extraordinários *lato sensu* e forma atual de interposição – 2.3. Das disposições pertinentes do novo CPC – 3. Regime de retenção – 3.1. Hipóteses de subida imediata dos recursos especial e extraordinário – 3.2. A modificação trazida pela Lei nº 11.187/05 – 3.3. Revogação ou (in) aplicabilidade do

regime de retenção – 4. Do acesso amplo à jurisdição – 5. Conclusão – Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Há muito se discutia a possibilidade de interposição de Recurso Especial (RESP) ou Recurso Extraordinário (RE) em face de acórdão que decidia agravo de instrumento. Alguns entendiam não ser possível, ao argumento de que, naquelas hipóteses, não se materializava uma decisão de causa em única ou última instância por tribunal, mas apenas resolvia questão incidental. De outro lado, alguns defendiam ser perfeitamente possível a impugnação do acórdão que decidia o agravo de instrumento via RE ou RESP, aduzindo que se deveria interpretar o vocábulo “causa” grafado na Constituição da República de 1988 (CR/88) da maneira mais ampla possível, ali compreendidas, inclusive, as controvérsias surgidas no decorrer do *iter* procedimental.

A fim de fazer cessar a controvérsia sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº 86, de 02 de setembro de 1993, dispondo que: “cabe Recurso Especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento”<sup>1</sup>.

Posteriormente, a Lei nº 9.756/98 veio a consolidar esse entendimento, acrescentando o § 3º, ao art. 542 do Código de Processo Civil (CPC). Porém, instituiu que, nos casos em que o RE e o RESP fossem interpostos em face de acórdão proferido em agravo de instrumento, eles deveriam ficar retidos nos autos, até eventual reiteração, pela parte interessada, de sua apreciação pela superior instância. A redação do art. 542, § 3º, CPC, ficou assim grafada:

Art. 542 do CPC: Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões

(...)

§ 3º O Recurso Extraordinário, ou o Recurso Especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 86. Cabe Recurso Especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 02 jul. 1993 Seção III, p. 13.283.

<sup>2</sup> BRASIL, 1973, Art. 542 e § 3º do CPC.

Entretanto, apesar do imperativo trazido no dispositivo, constata-se que a realidade prática dos tribunais mitigou sua aplicação, admitindo a subida imediata do recurso quando a decisão impugnada é susceptível de causar às partes interessadas dano grave ou de impossível reparação. Admite-se, ainda, a interposição de medida cautelar para “destrancar” recurso indevidamente retido, como, por exemplo, no caso de eventual retenção em processo de execução, o que não se permite por expressa dicção legal.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.187/05, que modificou a sistemática do recurso de agravo, explicitou-se, de uma vez por todas, que o que antes era regra prática, transformou-se em exceção: a interposição do agravo na sua modalidade de instrumento. Aludida norma, ao modificar o art. 522 do CPC, instituiu expressa e taxativamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, nos seguintes termos:

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 ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida sua interposição por instrumento<sup>3</sup>.

Assim, criou-se, *a priori*, uma incongruência dentro do ordenamento jurídico-processual, porquanto desde a vigência da Lei nº 11.187/05, com exceção dos agravos que versarem sobre o não recebimento da apelação ou os seus efeitos, todos os instrumentos deverão impugnar decisões que são passíveis de causar aos litigantes lesão grave e de difícil reparação. De outro lado, se o regime de retenção não se aplica aos agravos de instrumento que impugnem este tipo de decisão, verifica-se, a princípio, o desaparecimento da retenção dos recursos especial e extraordinário.

E o objetivo desta pesquisa não é outro senão investigar a aplicabilidade objetiva atual do art. 542, § 3º, do CPC, em face da vigência da Lei nº 11.187/05, que circunscreveu o cabimento do recurso de agravo de instrumento, restringindo-o às hipóteses legais, tudo em consonância com o princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88.

A metodologia empregada pautou-se no estudo do direito processual civil e constitucional, utilizando-se de pesquisas tradicionais e eletrônicas para tentar resolver o problema proposto, sob um enfoque dogmático e jurídico propositivo. Ao considerar o caráter nitidamente juspositivista posto à apreciação, utilizou-se como marco teórico idéias de juristas clássicos, como por exemplo, Bobbio (1994) e Kelsen (1991).

---

<sup>3</sup> BRASIL, 1973, Art. 522.

Na primeira parte deste artigo, cuidar-se-á do conceito de recursos, passando a tratar especificamente do recurso de agravo de instrumento, com nuances históricas e análise do seu atual cabimento e forma de interposição.

Em um segundo momento, o recurso especial e o extraordinário, em sentido estrito, serão tratados, também declinados os seus aspectos históricos, examinando-se ao final do cabimento e forma de interposição deles.

Na última parte, o problema proposto será efetivamente enfrentado, destrinchando o chamado regime de retenção e colimando a modificação processual trazida pela Lei nº 11.187/05 com o princípio do amplo acesso à jurisdição, a fim de concluir sobre a aplicabilidade, ou não, daquele instituto.

## **2. Conceito de recurso**

Recurso é, sob a ótica processual e em sentido amplo, tudo que possa se valer a parte litigante em processo judicial para a defesa dos seus direitos. Nessa quadra, poder-se-ia dizer que a ação, a contestação, a reconvenção, a exceção etc., são recursos em sentido lato.

Lado outro, a técnica processual também utiliza o vocábulo “recurso” numa definição restrita, onde se considera ser este o remédio processual ou impugnativo apto a provocar, dentro da mesma relação processual, o reexame do comando judicial que causa irresignação à parte. Este é o conceito de recurso que será utilizado durante todo este estudo, e que é adotado por Theodoro Júnior (2006).

Este reexame pode vir a ser feito pelo próprio subscritor da decisão combatida, no caso dos chamados recursos de efeito iterativo (embargos de declaração) ou misto (recursos que admitem juízo de retratação do próprio Juízo *a quo* – v.g. agravo de instrumento e excepcionalmente a apelação, quando a decisão impugnada é de indeferimento da petição inicial ou com base no art. 285-A do CPC, bem como nas hipóteses de RE e RESP repetitivos, na forma dos § 3º, do art. 543-B, e § 7º, inciso II, do art. 543-C, todos do CPC), ou pode ser realizado por outro Juízo, hierarquicamente superior, visando obter reforma ou invalidação do veredicto impugnado.

Os recursos deitam raízes no inconformismo natural do homem, irresignação inerente à sua natureza, de se conformar com uma única decisão. Rawls (2000) já atentava para o chamado princípio da perfeição, assim por ele definido, *verbis*: “(...) trata-se do princípio único de uma teoria teleológica que dirige a sociedade a organizar

as instituições e definir os direitos e obrigações dos indivíduos de maneira a maximizar a perfeição das realizações humanas (...)”<sup>4</sup>.

Noutro giro, a decisão concentrada na mão de apenas um julgador é considerada, por muitos, como algo propiciador da arbitrariedade, daí porque os recursos sempre existiram em Direito, em todas as civilizações.

A origem do termo “recurso” deriva do latim *recursus, us* – retrocesso, do verbo *recurso, ere* – de voltar, retornar ou retroceder. O fundamento e justificativa psicológica dos recursos enraízam-se, a princípio, na psique humana, inconformada por natureza com tudo aquilo que lhe seja prejudicial. Mas ainda, também não se olvida que também os justificam a falibilidade do julgador e a historicidade deste remédio processual.

Por fim, tem-se que o recurso é matéria de ordem pública e atende não só aos interesses daquele que sofre os efeitos da decisão reputada injusta, mas também da própria sociedade, sendo certo que sua disciplina não pode ser alterada por convenção das partes.

O juiz, ao proferir uma decisão, exerce jurisdição, poder-dever do Estado de pronunciar o direito frente ao caso concreto. A jurisdição também é exercida nos tribunais quando decidem os recursos interpostos em face das decisões tomadas por magistrados ou órgãos colegiados hierarquicamente inferiores, tendo em vista o prolongamento do direito de ação.

O princípio do duplo grau de jurisdição, implicitamente consignado na CR/88, em seu art. 5º, inciso LV e na competência recursal prevista nos arts. 102 e seguintes, implica justamente na possibilidade de revisão das decisões por magistrados mais experientes, formadores de um segundo órgão que também tenha o poder de julgamento e jurisdição, querendo, com isso, propiciar um aprimoramento das decisões judiciais, mediante sua reavaliação.

Sabe-se que, de início e sem a pretensão de esgotar a teoria geral dos recursos, essas considerações bastam para se adentrar no tema deste estudo, atendo-se às questões mais pertinentes ao deslinde do problema proposto.

## **2.1. Agravo de instrumento**

Cuida-se, neste momento, do recurso de agravo de instrumento, tecendo-se de início rápida abordagem sobre o respectivo paradigma histórico deste remédio processual, passando em seguida a delinear aspectos ligados ao seu atual cabimento, rotina de interposição e processamento.

---

<sup>4</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 359.

### 2.1.1. Breve histórico e considerações gerais

Em breves linhas, tecer-se-á algumas ponderações acerca do agravo de instrumento e também dos outros recursos que interessam ao presente estudo, sem a pretensão de inaugurar análise exauriente e inovadora sobre as raízes de tais remédios. É que, tratando-se de trabalho de cunho monográfico, pertinente e indispensável afigura-se alinhavar, ainda que de forma singela, alguns aspectos históricos deste instituto processual.

Assim, inobstante o esforço de se fazer uma abordagem enxuta do tema, não se pode furtar ao comentário de caráter geral, a respeito dos principais aspectos históricos do recurso de agravo. Como bem alertam Costa e Azevedo (1996), sem o exame direto das fontes em que deitam suas raízes, nenhum instituto recursal pode ser devidamente entendido em sua evolução.

Segundo Wambier (2006), no direito romano, de uma forma geral, não se admitia uma decisão verdadeiramente interlocutória, que precedesse a sentença, porquanto “o processo se exauria em um único pronunciamento do pretor. A primeira notícia que se tem das interlocutórias é da época dos Severos, quando se permitia a apelação”<sup>5</sup>. Ainda segundo a autora (2006), com a legislação justinianéia ou, antes mesmo disso, no Código Theodosiano, surge no direito romano a proibição de apelar, salvo em face de sentenças definitivas.

A autora (2006) ensina ainda que, no Brasil, no sistema das Ordenações Manuelinas, surgidas em 1521, existiam três tipos de sentenças: as interlocutórias, as interlocutórias mistas e as definitivas. Essas duas últimas poderiam desafiar recurso de apelação (acaso proferida por juiz de primeiro grau) ou suplicação, se proferidas por magistrado hierarquicamente superior.

Na mesma obra, a autora (2006) leciona que a sentença interlocutória desafiava recurso de agravo, que podia ser de instrumento ou de petição. O cabimento de um ou outro passava por um critério territorial, de distância entre os Juízos *a quo* e *ad quem*: se fosse de menos de cinco léguas, o agravo era de petição. Sendo maior a distância, deveria ser de instrumento. No agravo de petição os próprios autos subiam ao Juízo *ad quem*, enquanto que no agravo de instrumento cabia ao agravante instruir o recurso com resposta da parte contrária e do juiz prolator da decisão combatida.

A professora (2006) prossegue lecionando que, já bem posteriormente, com o advento do CPC de 1939, o agravo de petição passou a caber em face das sentenças

---

<sup>5</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos do CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 27.

terminativas ou que não apreciavam o mérito da causa, ficando a apelação reservada a impugnar decisões de mérito (sentenças definitivas).

Os agravos de instrumento, ainda segundo a autora (2006), nessa sistemática, só cabiam nos casos expressamente previstos em lei e originavam um autuado apartado, constituído por traslado das peças importantes ao julgamento do recurso, sendo obrigatória a colação da decisão recorrida e comprovante da respectiva intimação das partes.

Nesta linha histórica, a autora (2006) lembra que no CPC de 1973, originariamente, havia dois regimes de agravo: o de instrumento (subida imediata) e o retido nos autos. A lei não continha nenhuma prescrição quanto às hipóteses de cabimento, ficando tal ao prudente arbítrio da parte, o que foi mantido após a reforma operada pela Lei nº 9.139/95. Por motivos lógicos, em várias hipóteses adotar-se-ia o de instrumento, porquanto a opção pelo retido tornaria inócuo o provimento esperado (v.g. decisões de indeferimento de liminares ou que inadmitissem a apelação etc.).

Impende salientar que, antes da reforma operada em 1995, o agravo de instrumento era necessariamente interposto na inferior instância, por petição, com a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão e a indicação das peças do processo a serem trasladadas.

No ano de 2001, com o advento da Lei 10.352/01, foi eleito o agravo retido como regra do recurso de agravo, passando o art. 523, § 4º, do CPC, a vigorar com seguinte redação:

§ 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida<sup>6</sup>.

Alguns anos depois, com a edição Lei nº 11.187/05, foi ainda mais explicitada a modificação aduzida pelo diploma legal de 2001, trazendo de forma expressa as hipóteses legais de cabimento do agravo na forma de instrumento, o que será abordado mais detidamente no tópico subsequente.

Pode-se afirmar então que o agravo, gênero do qual agravo de instrumento é espécie, é o remédio recursal destinado a impugnar decisões interlocutórias. Entende-se, por decisão interlocutória, segundo a sistemática recursal do CPC, “o pronunciamento

---

<sup>6</sup> BRASIL, 1973, Art. 523, § 4º, do CPC (revogado pela Lei nº 11.187/05).

do julgador que, não colocando fim ao processo, resolve questão incidente ou provoca algum gravame à parte ou interessado”<sup>7</sup>.

Chama-se atenção para uma curiosidade: o vocábulo agravo significa lesão ou prejuízo. Por metonímia, passou a se usar esse nome para significar o recurso que tem por escopo superar a lesão ocorrida. Noutras palavras, o agravo é o remédio recursal destinado a expurgar o agravo. “O uso das palavras, através dos tempos, pode acabar alterando-lhes o sentido”<sup>8</sup>.

Sobre tal fato, Soares, citado por Wambier (2006), faz interessante inferência:

O vencido impugna a decisão que o agravou; ou seja, aquela que o ofendeu e o prejudicou. As distorções de semântica, porém, colaboram no disfarce: - o juiz, que na realidade foi o “agravante” do vencido (o “agravado”), como se escamoteia na relação processual; e passa aquele, o vencido, a ser agora o “agravante” (sinônimo de “recorrente”), enquanto vai resultar chamar-se de “agravado” ao vencedor, porque toma a posição de recorrido!<sup>9</sup>.

Mas ao se voltar às ponderações principais, o agravo de instrumento, sob a ótica jurídico-processual sustentada após o advento da Lei nº 11.187/05, destina-se atualmente a atacar decisões interlocutórias específicas e declinadas taxativamente, não ficando mais ao alvedrio do recorrente a escolha pela modalidade desejada (retido ou instrumento), ao contrário do que ocorria sob as sistemáticas anteriores.

### **2.1.2. O cabimento e a atual forma de interposição**

Então, com o advento da Lei nº 11.187/05, operou-se nova modificação no recurso de agravo, explicitando como regra a modalidade retida e declinando taxativamente quais seriam as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, quais sejam, em face das decisões que inadmitem a apelação, bem como da decisão que declara em quais efeitos é ela recebida. Pode-se, ainda, interpor agravo de instrumento nos casos em que a decisão agravada for suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação (art. 522, *caput*, do CPC).

O agravo de instrumento, que deve ser interposto no prazo de dez dias contados da intimação da decisão impugnada, é atualmente interposto e dirigido diretamente ao

---

<sup>7</sup> BRASIL, 1973, art. 162, § 2º, do CPC.

<sup>8</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos do CPC brasileiro – ob. cit.*, 2006, p. 37.

<sup>9</sup> SOARES *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos do CPC brasileiro – ob. cit.*, 2006, p. 37.

tribunal, podendo ser postado pelo correio com aviso de recebimento ou por outro meio previsto pelo regramento local (protocolo integrado e fax, por exemplo).

A petição do recurso de agravo deve conter os requisitos essenciais exigidos pelo art. 524 do CPC, quais sejam: a) a exposição do fato e do direito; b) as razões e o pedido de reforma da decisão objurgada; e, c) o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

Ao agravante resta a tarefa de municiar o recurso com os documentos reputados obrigatórios: cópia da decisão agravada, respectiva certidão de intimação e procurações outorgadas aos advogados do recorrente e do recorrido, nos termos do art. 525, inciso I, do CPC, sob pena de negativa de seguimento ou não conhecimento. O recorrente pode (e deve) ainda instruir o recurso com cópia de todos os documentos úteis ao deslinde da questão controvertida, nos termos do inciso II, art. 525 do CPC, de forma a propiciar ao julgador uma melhor apreensão e cognição do cenário fático que orbita a decisão impugnada, incrementando assim as chances de uma decisão mais substancial e provavelmente favorável quanto ao mérito recursal.

De somenos importância, aos fins colimados por este estudo monográfico, detalhar o processamento do recurso, bastando somente consignar que, recebido o recurso no tribunal, o relator realiza um juízo prévio e monocrático de sua admissibilidade, podendo negar seguimento ao instrumento manifestamente inadmissível, prejudicado ou cujo pedido é improcedente, quando sua pretensão esteja em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do próprio tribunal, a teor do disposto no art. 557, *caput*, do CPC.

O § 1º-A, do citado dispositivo, permite ainda que o relator, também imediatamente após receber o recurso, lhe dê provimento de forma monocrática, quando a decisão recorrida estiver afrontando jurisprudência dominante de tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal.

Ao verificar o julgador relator que o recurso não se amolda às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o converterá liminarmente na modalidade retida, segundo disciplina dos arts. 522, *caput*, e 527, inciso II, do CPC, sendo esta decisão irrecorrível, salvo reconsideração do próprio relator (art. 527, parágrafo único, do CPC). Cabe também a impetração de mandado de segurança perante a Corte Superior do próprio tribunal, segundo art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09, para impugnar a decisão de conversão quando equivocada, já que a decisão do relator é considerada como ato de abuso de autoridade irrecorrível.

Por fim, o relator poderá, após juízo positivo de admissibilidade recursal, atribuir ao recurso efeito suspensivo ou antecipar os efeitos da tutela recursal, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação ao recorrente (arts. 527, inciso III, e 558 do CPC). Empós, o recurso tramitará seguindo as determinações dos arts. 547 a 565 do CPC, e de acordo com o regimento interno do respectivo tribunal.

## **2.2. Recursos extraordinário e especial**

Nesse capítulo, assim como foi feito com o recurso de agravo de instrumento serão tratados aspectos históricos do RE (*stricto sensu*) e do RESP, obviamente sem a pretensão de descer às minúcias que o tema convida, pelo fato de que isso extrapolaria ao objeto da presente análise.

### **2.2.1. Brevíssimo histórico do recurso extraordinário**

Segundo Câmara, Junqueira e Freire (2002), o recurso extraordinário traz suas raízes no direito norte americano. Na medida em que as colônias americanas moveram-se no sentido de criar a Federação, foram abrindo mão da sua soberania e a transferindo ao Governo Federal, que passou a editar atos normativos federais.

Os autores (2002) ensinam que, a fim de que fosse garantida a supremacia da lei federal (*federal question*) em toda a Federação, bem como para evitar seu desmantelamento, o governo americano instituiu, através do *Judiciary Act* de 1789, recurso que possuía o condão de conferir supremacia normativa à legislação federal, bem como da Constituição Americana sobre a lei estadual.

Cuida-se do chamado *writ of error*, que permitiu, pela primeira vez na história, a revisão das decisões judiciais dos tribunais estaduais pela Suprema Corte norte-americana. O recurso era “admitido nas questões relacionadas com a constitucionalidade das leis, a legitimidade das normas estaduais, títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União”<sup>10</sup>.

No Brasil, segundo os teóricos (2002), o mesmo modelo foi seguido. A função precípua do STF, inicialmente, tal como da Suprema Corte norte-americana, foi defender a Constituição em face de qualquer lei ou ato normativo que eventualmente viessem a contrariá-la.

---

<sup>10</sup> CÂMARA, Bernardo; JUNQUEIRA, Bernardo; FREIRE, William. *Recurso especial e extraordinário: ciência jurídica e prática*. Belo Horizonte: Mineira, 2002, p. 17.

A nomenclatura “recurso extraordinário” nasceu junto com o regimento interno do STF, modificado depois pela Lei nº 221, de novembro de 1894, o Decreto nº 3.084, de novembro de 1898, e diplomas normativos seguintes.

### **2.2.2. Brevíssimo histórico e considerações acerca do recurso especial**

No Brasil, com o advento da CR/88, inaugurou-se a funcionalidade reservada do recurso extraordinário, ficando este limitado apenas ao deslinde de questões que afrontem o texto constitucional. Criou-se então o STJ com competência para apreciar matérias relativas às questões federais.

Surgia então o chamado RESP, nascido do desmembramento do recurso extraordinário originalmente construído. Este é o remédio recursal capaz de invocar a competência do STJ para que seja verificada, no caso concreto, infringência à legislação federal infraconstitucional. O RE, como se deduz, ficou adstrito à questão constitucional, conferindo-se ao STF o *status* de guardião da CR/88.

Na sistemática atual, leciona Theodoro Júnior (2006), consistir a função do RESP, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, na manutenção da autoridade e unidade da lei federal, com vistas ao fato de que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito posto pela União.

Assim, o citado recurso só tem lugar, portanto, quando se encontra em debate uma questão federal, a fim de se obter a sua correta, adequada e uniforme interpretação. Aqui não se admite a discussão de questões de fato ou de direito local, segundo as Súmulas nº 05 e 07 do STJ, cumprindo destacar a diferença que existe entre apreciação de questão de fato e verificação dos efeitos de um fato certo.

É que, conforme Theodoro Júnior (2006), saber se ocorreu ou não um fato é matéria própria de análise de prova e que, portanto, não comporta análise no âmbito do RESP. Quando, porém, a controvérsia orbita em torno, não da ocorrência do fato, mas da atribuição dos efeitos jurídicos que lhe correspondem, a questão é de direito e, portanto, pode ser debatido no mencionado recurso.

### **2.2.3. Cabimento dos recursos extraordinários *lato sensu* e forma atual de interposição**

A delimitação do cabimento do recurso especial, imperiosa às conclusões pretendidas por este estudo, é dada pelo art. 105, inciso III, da CR/88, que prescreve o cabimento do recurso especial quando o acórdão recorrido: “a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face

de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”<sup>11</sup>.

O recurso extraordinário *stricto sensu*, por sua vez, tem o cabimento delineado pelo art. 102, inciso III, e alíneas seguintes, da CR/88. O citado recurso é cabível quando a decisão recorrida: “a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Carta Magna; e, d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”<sup>12</sup>.

Em vista do objeto desta pesquisa, furtar-se-á ao aprofundamento das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários *lato sensu*, sob pena de escapar excessivamente aos pontos centrais que são verdadeiramente relevantes ao tema proposto.

Moraes (2005) alerta para o fato de que a jurisprudência do STF exige, para o cabimento do recurso extraordinário, que a ofensa à Constituição “deve ser frontal e direta, não admitindo hipóteses de ofensa reflexa, ou seja, quando para comprovar a contrariedade houver a necessidade de antes, demonstrar ofensa à lei ordinária”<sup>13</sup>.

Quanto à forma de interposição, a disciplina de ambos é a mesma, regulada pelo art. 541 do CPC, do qual se tem que o recurso é interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, conforme disposição regimental, admitindo-se a interposição simultânea de ambos os recursos, quando os mesmos se fundarem em domínios temáticos próprios.

Deve a petição recursal conter a exposição do fato e do direito, acrescida da demonstração do cabimento do recurso, já acima delineadas. Soma-se a isto o pressuposto objetivo de qualquer recurso, consistente nas razões através das quais o recorrente espera a modificação da decisão recorrida.

Ainda, nos termos do parágrafo único do citado dispositivo, quando o recurso especial se fundar em divergência de interpretação jurisprudencial, deverá o recorrente também fazer prova do dissídio, através de certidão, cópia autenticada ou por citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com a indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

---

<sup>11</sup> BRASIL, 1988, Art. 105, inciso III, da CR/88.

<sup>12</sup> BRASIL, 1988, Art. 102, inciso III, da CR/88.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1471.

Recebida a petição na secretaria do tribunal, procede-se à intimação do recorrido para que apresente suas contra-razões. Findo o prazo, vão os autos conclusos ao Desembargador competente (presidente ou vice-presidente do tribunal, conforme o caso), para realização de juízo de admissibilidade recursal.

Os recursos especial e extraordinário, via de regra, não são dotados de efeito suspensivo (art. 497 do CPC), sendo certo que o mesmo pode ser conseguido através de medida cautelar inominada (art. 800, parágrafo único, do CPC), em virtude previsão regimental, tanto do Regimento Interno do STF (art. 321), quanto do STJ (art. 288), ou então através da tutela antecipada recursal ou pleito de efeito suspensivo ao ministro relator (arts. 273, 527, inciso III, e 558 do CPC). Após os recursos seguirão o trâmite previsto pelo art. 543 do CPC.

### **2.3. Das disposições pertinentes do novo CPC.**

É sabido que tramita perante o Congresso Nacional, anteprojeto para a aprovação de novo CPC. De acordo com Fux (2009):

a Comissão criada pelo Ato Nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, e composta pelos juristas *Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Teresa Arruda Alvim Wambier*, como Relatora-Geral dos Trabalhos, tem como escopo trazer a lume um novel Código de Processo Civil, voltado para a crise da morosidade da justiça. Inúmeras reformas foram levadas a efeito durante a última década, introduzindo notáveis instrumentos de agilização da prestação jurisdicional, dentre tantas, a antecipação de tutela em todos os níveis de jurisdição, a consagração da força da jurisprudência, bem como o rompimento da ortodoxa dualidade de processos de cognição e execução de sentença que representava uma verdadeira via crucis para os profissionais do direito. As reformas, não obstante elogiáveis sob todos os aspectos, não lograram conter o volume de demandas existentes no judiciário nacional, por isso a demora na prestação da justiça insiste em persistir. A novel comissão tem como seu grande desafio erigir instrumentos capazes de simplificar os processos e reduzir o número de demandas que acodem ao judiciário, sem prejuízo da garantia constitucional da

inafastabilidade. Esse escopo, num primeiro momento de reflexão, nos conduz a refletir sobre a coletivização das demandas como regra, a desformalização do processo, a redução do número de recursos e um enxugamento do código, extirpando institutos que favorecem solenidades que dilargam a duração razoável dos processos, mercê da extirpação de institutos oriundos de nosso matiz europeu, que não se revelaram úteis após 37 (trinta e sete) anos de vigência do código. O desafio é muito grande, porém alcançável, máxime porque a Comissão tem como compromisso ouvir todos os segmentos que atuam no cenário judicial, a começar pelo E. STF, no afã de submeter a um controle prévio de constitucionalidade, as inovações. A comunidade científica como um todo terá ampla participação nos trabalhos da comissão mediante o envio para o presente site de sugestões que serão cuidadosamente avaliadas, sem prejuízo da realização de eventos públicos, seminários e audiências públicas viabilizando um amplo debate. É que nós, integrantes da comissão, temos a justa e serena percepção de que estamos exercendo, apenas, um múnus público, cientes de que com o apoio de tantos quantos militem nesse segmento da ciência jurídica, lograremos erigir um Código de Processo Civil que será na sua essência ideológico-normativa, 'O Código de Processo Civil da Nação Brasileira'. *Mãos à obra. Ministro Luiz Fux. Presidente da Comissão. Brasília, 03 de novembro de 2009*<sup>14</sup> (grifos no original).

A Comissão de Juristas, responsável pela elaboração do anteprojeto em tela, apresentou seu trabalho que ensejou no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que dispôs sobre a reforma do CPC, de autoria do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney.

Entretanto, foi constituída Comissão Temporária da Reforma do CPC, composta pelos Senadores titulares Demóstenes Torres (DEM-GO), Antônio Carlos Júnior (DEM-BA), Marconi Perillo (PSDB-GO), Papaléo Paes (PSDB-AP), Regis Fichtner (PMDB-RJ), Almeida Lima (PMDB-SE), Valter Pereira (PMDB-MS), Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), Eduardo Suplicy (PT-SP) e Acir Gurgacz (PDT-RO), que teve a atribuição específica de analisar o PLS nº 166/2010 e outras cinquenta e oito proposições legislativas.

Após sua atuação, a Comissão Temporária emitiu o Parecer nº 1.624, de 2010, e sugeriu a Emenda nº 221-CTRCPC, substitutiva ao texto original do PLS, que foi

---

<sup>14</sup> FUX, Luiz. Sobre a Comissão. *Senado Federal*: Brasília, 03 nov. 2009, internet.

aprovado na 211ª sessão deliberativa extraordinária do Senado Federal, de 15/12/2010, ainda pendente de análise pela Câmara dos Deputados. O presente trabalho apresentará notas e breves comentários sobre as alterações pretendidas pelo anteprojeto substitutivo, em seu tema, para a aprovação de novo CPC.

No novo CPC criou hipóteses taxativas de cabimento de agravo de instrumento, na mesma forma que a Lei nº 11.187/05. Contudo, as disposições foram mais amplas que na reforma do atual CPC, veja-se:

Art. 969 da Emenda nº 221-CTRCPC. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I – tutelas de urgência ou da evidência;
- II – o mérito da causa;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica;
- V – a gratuidade de justiça;
- VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;
- VIII – a limitação de litisconsórcio;
- IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário<sup>15</sup>.

Por sua vez, no que toca ao agravo retido, ele está sendo extinto no novo CPC, prevendo-se a inexistência de preclusão para se impugnar as decisões interlocutórias, que não incidirem nos casos *numerus clausus* de agravo de instrumento. Nesse sentido, o parágrafo único, do art. 963 da Emenda nº 221-CTRCPC:

Art. 963 da Emenda nº 221-CTRCPC. Da sentença cabe apelação.

Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> BRASIL, 2010b, Art. 969 da Emenda nº 221-CTRCPC.

<sup>16</sup> BRASIL, 2010b, Art. 963 da Emenda nº 221-CTRCPC.

Com relação aos demais pontos, o regime recursal das decisões interlocutórias permanece inalterado, com exceção da possibilidade de emenda, no prazo de cinco dias, das peças obrigatórias do agravo de instrumento, conforme o disposto no art. 971, § 3º, da Emenda nº 221-CTRCPC, o que demonstra uma redução de formalismo no PLS nº 166/2010.

No que tange aos RE e RESP, no novo CPC, não houve grande alteração no atual sistema, somente uma incorporação de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários já existentes e uma adaptação à nova sistemática do procedimento de coletivização de demandas repetitivas.

Salienta-se, novamente, a mitigação do formalismo em julgamento de RESP e RE, quando se analisa os arts. 986, 987 e 988, da Emenda nº 221-CTRCPC, o que parece demonstrar um desejo legal de mudança de paradigma. Em conformidade com tais dispositivos:

Art. 986 da Emenda nº 221-CTRCPC. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente deduza as razões que revelem e existência de repercussão geral, remetendo, em seguida, os autos ao Supremo Tribunal Federal, que procederá à sua admissibilidade, ou o devolverá ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível<sup>17</sup>.

Nesse caso, admite-se a emenda da petição do RESP, para que seja cumprido o pressuposto específico da repercussão geral (art. 102, § 3º, da CR/88), possibilitando ao ministro relator do STJ converter tal remédio em RE e encaminhá-lo ao STF.

Art. 987 da Emenda nº 221-CTRCPC. Se o relator, no Supremo Tribunal Federal, entender que o recurso extraordinário versa sobre questão legal, sendo indireta a ofensa à Constituição da República, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, por decisão irrecorrível<sup>18</sup>.

Da mesma maneira, o ministro relator do STF também poderá converter o RE em RESP, caso verifique a aparência de violação direta ao ordenamento infraconstitucional e contrariedade reflexa à CR/88, remetendo-se o feito ao STJ.

---

<sup>17</sup> BRASIL, 2010b, Art. 986 da Emenda nº 221-CTRCPC.

<sup>18</sup> BRASIL, 2010b, Art. 987 da Emenda nº 221-CTRCPC.

Art. 988 da Emenda nº 221-CTRCPC. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.

§ 1º Se a competência for do outro Tribunal Superior, haverá remessa, nos termos dos arts. 986 e 987.

§ 2º Se a observância do *caput* deste artigo depender do exame de prova já produzida, os autos serão remetidos de ofício ao tribunal de origem, para decisão; havendo necessidade da produção de provas, far-se-á a remessa ao primeiro grau<sup>19</sup>.

Por fim, o supracitado preceito acaba por relativizar a regra da proibição da supressão de instância nos Tribunais Superiores, possibilitando a análise de questões não apreciadas, nem oportunizadas, às instâncias inferiores, desde que se sejam matérias restritas à interpretação de direito. Além disso, cogita-se de um recurso interposto poder ser conhecido tanto pelo STF, quanto pelo STJ, em interpretação sistêmica do *caput* do art. 988 com o seu § 1º, da Emenda nº 221-CTRCPC.

De modo que parece ser que a Emenda nº 221-CTRCPC tenta privilegiar o acesso à jurisdição, nos STF e STJ, e também o princípio constitucional da efetividade do processo e da celeridade do procedimento (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88), mesmo em grau de recurso.

### **3. Regime de retenção.**

Chega-se, enfim, aos pontos nodais do presente estudo, cumprindo de início dar linhas gerais daquele instituto processual que estará em voga nas laudas restantes deste estudo. O CPC apresenta, em seu art. 542, § 3º, o chamado “regime de retenção” dos Recursos Extraordinário e Especial quando interpostos em face de acórdão que tiver resolvido questão incidente (decisão interlocutória), nos processos de conhecimento, cautelar e de embargos à execução.

De início, forçosa a constatação que não primou pela melhor técnica o legislador, ao dispor o cabimento do regime de retenção nos processos de conhecimento, cautelar e de embargos à execução. Ora, os embargos à execução “nada mais são do que processo de conhecimento incidente ao processo executivo”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> BRASIL, 2010b, Art. 988 da Emenda nº 221-CTRCPC.

<sup>20</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 589.

Noutras palavras, nos casos em que o acórdão decide agravo de instrumento em face de decisão proferida nos moldes acima, havendo interposição de RE ou RESP, ficarão eles retidos nos autos, até que a parte venha a reiterar sua apreciação, por ocasião de recurso contra a decisão final (razões ou contra-razões, caso seja a parte vencedora), entendida como aquele acórdão que decide a apelação, posto exigirem as instâncias superiores, para admissibilidade do respectivo recurso extraordinário *lato sensu*, o esgotamento das instâncias ordinárias.

### 3.1. Hipóteses de subida imediata dos recursos especial e extraordinário.

Como regra de exceção, tratando-se de ação executiva ou de cumprimento de sentença, por exemplo, inaplicável o regime de retenção, por expressa dicção do dispositivo legal supracitado, subindo imediatamente o RE ou RESP interposto. Caso contrário, a retenção é indevida e pode a parte recorrente manejar medida cautelar inominada dirigida ao STF<sup>21</sup> e/ou ao STJ<sup>22</sup>, conforme o caso, a fim de possibilitar a subida imediata do seu recurso excepcional, não sendo cabível o recurso de agravo de instrumento para o respectivo tribunal superior, eis que não realizado ainda juízo de admissibilidade pelo tribunal ordinário, o qual apenas cumpre disposição legal.

Ocorre que, por construção doutrinária e jurisprudencial, haveria ainda “outra hipótese de subida imediata, admitida em casos excepcionais, quando houver perigo de perecimento de direito ou de ocorrência de dano de difícil ou impossível reparação”<sup>23 24</sup>.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido: “EMENTA: Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, § 3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C.Pr.Civil” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Questão de Ordem na Petição 3515/MS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 27 set. 2005. *Diário de Justiça da União*, 21 out. 2005, p. 27).

<sup>22</sup> Conforme “EMENTA: Se busca o recorrente afastar a norma insculpida no art. 542, § 3º do CPC, cabe o ajuizamento de medida cautelar, pra que seja processado o recurso especial, não, porém a interposição do agravo, eis que não foi proferido juízo de admissibilidade pelo Tribunal de Apelação, o qual apenas cumpre disposição legal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Ag. 266.834-PR-AgRg. Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 22 fev. 2000. *Diário de Justiça da União*, 20 mar. 2000, p. 68).

<sup>23</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 800.

<sup>24</sup> À guisa de exemplo, transcreve-se o seguinte aresto, denunciando a subida imediata do RESP em virtude da possibilidade acima declinada: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. 1. Revela-se incompatível “reter” recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a *ratio essendi* da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual *a posteriori* (Lei nº 10.352/01). 2. A desretenção do recurso especial é admitida pela Corte com o escopo de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perecimento do direito. Precedentes do STJ: MC 10470/RJ, desta relatoria, DJ de 13.02. 2006 e MC 8356/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 30.05.2005” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MC 9.529/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento em 05 out 2006. *Diário de Justiça da União*, 30 out. 2006 p. 245).

Wambier (2006), por igual, corrobora essa possibilidade, senão veja-se:

Há situações, no entanto, em que, não obstante a letra do art. 542, § 3º, devesse o recurso extraordinário ou especial ficar retido, o regime de retenção não deve incidir. Isso ocorre sempre que se demonstrar que o regime de retenção pode causar grave dano, irreparável ou de difícil reparação<sup>25</sup>.

E mais adiante alerta a autora (2006) para o fato de que, nesses casos, em que há necessidade de exame urgente do recurso, a imposição da retenção violaria o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88, segundo o qual nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por todo o exposto, a conclusão a que se chega então é de que sempre que a eficácia da decisão combatida for suscetível de causar à parte recorrente lesão grave ou de difícil e incerta reparação, não deve o recurso extraordinário ou especial ficar retido nos autos, apresentando-se como uma hipótese de inaplicabilidade do regime de retenção.

Lado outro, a retenção também se mostra descabida nos casos em que o agravo de instrumento versa sobre a decisão de inadmissão do recurso de apelação ou sobre os efeitos em que é esta recebida, posto o manifesto desaparecimento do interesse recursal, afigurando-se tal como outra hipótese de subida imediata dos recursos extraordinários *lato sensu*. Estas são as premissas que darão suporte ao problema central desta pesquisa.

Greco Filho (2007) lembra ainda de outras hipóteses de afastamento do regime de retenção, como, por exemplo, quando “há necessidade de decisão, a mais rápida possível, sobre questões que podem levar à nulidade do processo com inutilização de todos, ou quase todos, os seus atos, como nos casos de suspeição, impedimento ou incompetência”<sup>26</sup>.

### **3.2. A modificação trazida pela lei nº 11.187/05**

Com a edição da Lei nº 11.187/05, restringiu-se o cabimento do recurso de agravo de instrumento somente às hipóteses previstas pelo art. 522 do CPC, que prescreve *verbis*:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de

---

<sup>25</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos do CPC brasileiro – ob. cit.*, 2006, p. 613.

<sup>26</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 605.

decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida sua interposição por instrumento<sup>27</sup>.

Como se vê, cria-se com a mencionada norma uma incongruência dentro da sistemática jurídico-processual, qual seja: à exceção dos agravos de instrumento que versam sobre destrancamento do recurso de apelação ou daqueles que impugnam a decisão relativa aos efeitos em que é ela recebida, invariavelmente todos os instrumentos de agravo em tese atacam decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação. E, assim sendo, a nenhum desses casos seria aplicável o regime retenção previsto pelo art. 542 § 3º, do CPC, de acordo com o entendimento jurisprudencial antes trazido à colação.

E naquelas primeiras hipóteses, quais sejam, não recebimento da apelação e insurgência quanto aos efeitos em que é ela recebida, também não se admite num primeiro momento a retenção dos recursos extraordinário e especial, por patente incongruência lógica.

O objetivo desta pesquisa não é outro senão o de constatar se, atualmente, ainda há espaço para aplicação da prescrição contida no art. 542, § 3º, do CPC, tendo em vista todas as premissas já bem delineadas, o que será realizado no tópico seguinte.

### **3.3. Revogação ou (in) aplicabilidade do regime de retenção**

Como premissa primeira, forçoso constatar *ab initio* que o regime de retenção não pode ser aplicado nos casos em que o agravo de instrumento versa sobre destrancamento do recurso de apelação. O motivo é bastante óbvio, já que, uma vez negado o processamento do apelo, o curso da lide veria o seu fim e não teria a parte recorrente outra oportunidade para requerer à instância superior a apreciação de seu recurso retido.

Nesse sentido já vaticinava Vechiato Júnior (2000), sobre a retenção dos recursos extraordinários *lato sensu* (que o autor denomina recursos *excepcionais*):

A negativa de seguimento da apelação na primeira instância norteia o cabimento do agravo de instrumento. O acórdão que desprover este agravo de instrumento confirmará o *decisum* interlocutório monocrático hostilizado. Em ambas as hipóteses, os acórdãos têm natureza de decisão definitiva ou final e competência de julgamento em última instância (tribunal local),

---

<sup>27</sup> BRASIL, 1973, Art. 522 do CPC.

de sorte que o interesse não está na interposição do recurso excepcional retido, mas do principal. O mérito do recurso excepcional principal visa, no segundo caso, a admissibilidade da apelação<sup>28</sup>.

Assim, tem-se que a retenção do recurso no caso de não recebimento da apelação esvaziaria completamente o conteúdo do próprio direito subjetivo de ação, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88.

De outra senda, completamente inócuo se mostraria o recurso retido naqueles casos em que o agravo de instrumento versa sobre os efeitos em que é a apelação recebida. Isso porque, até que fosse reiterado o pedido de apreciação do recurso retido, a decisão impugnada já teria produzidos todos os seus efeitos processuais e materiais, dissolvendo assim o interesse recursal motivador da insurgência do recorrente<sup>29</sup>.

Ora, tome-se por base um caso hipotético em que, tendo sido julgado procedente pedido de reintegração de posse pela sentença de primeiro grau, é formalizada apelação pelo demandado, sendo ato contínuo negado-lhe o efeito suspensivo.

O réu então avia recurso de agravo de instrumento ao tribunal local, consoante previsão legal contida no art. 522, *caput*, do CPC. O recurso resta improvido pelo órgão julgador, o que obriga o agravante a manejar recurso especial, alegando ofensa ao art. 520 do CPC. Tal atrairia, em tese, a retenção, em virtude da prescrição contida no art. 542, § 3º, do CPC.

Ocorre que, neste caso, a retenção do recurso especial intentado pelo réu afigurar-se-ia completamente descabida, já que, fosse o caso de se aguardar o recurso contra a decisão final para reiterar a necessidade de atribuição de efeito suspensivo à sua apelação, todas as conseqüências fáticas da decisão invectivada já teriam se

---

<sup>28</sup> VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 476.

<sup>29</sup> Na mesma toada, o seguinte julgado do colendo STJ corrobora essa asseveração, senão veja-se: “EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBE APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ART. 523, § 4º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. JULGAMENTO SIMULTÂNEO DA AÇÃO PRINCIPAL E DA CAUTELAR. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO COM EFEITOS DIVERSOS. ART. 520 DO CPC. 1. Nas hipóteses em que o recurso especial é interposto contra decisão, que, proferida em sede de agravo de instrumento, recebe apelação, disciplinando-lhe os efeitos, deve-se afastar o regime de retenção previsto no art. 523, § 4º, do CPC. Precedentes. 2. A apelação interposta contra decisão simultânea da ação principal e da ação cautelar deve ser recebida com efeitos diversos, não se justificando o recebimento no duplo efeito. De fato, não há possibilidade de extensão do efeito suspensivo do recurso de apelação interposto na ação de conhecimento às demandas enumeradas nos incisos do art. 520 do CPC. Precedentes. 3. Recurso especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 267.543/SP. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgamento em 11 out. 2005. *Diário de Justiça da União*, 20 fev. 2006, p. 254).

implementado, inclusive com possível cumprimento do mandado de reintegração de posse.

Por derradeiro, consoante já afirmado alhures, não cabe a retenção dos recursos extraordinários *lato sensu*, nos casos em que a decisão impugnada e a própria retenção, em última análise, são suscetíveis de causar à parte interessada lesão grave ou de difícil e incerta reparação, o que corresponde justamente à outra e derradeira hipótese de admissão do agravo na forma de instrumento.

Apenas a título acadêmico, sem a pretensão de tergiversar sobre aspectos que fogem ao ponto central desta pesquisa, com vistas ao problema acima declinado, sente-se, num primeiro momento, tentado a concluir que, com a edição da Lei nº 11.187/05, operou-se a revogação tácita do regime de retenção previsto pelo art. 542, § 3º, do CPC.

De fato, o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que regula o conflito intertemporal de normas giza nos seguintes termos:

Art. 2º da LICC. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior<sup>30</sup>.

Com efeito, seguindo a doutrina e teoria do ordenamento jurídico, posta por Bobbio (1994), a incompatibilidade de normas cria uma inconsistência intolerável dentro no ordenamento jurídico, já que tal vai contra a idéia de que o mesmo constitui uma totalidade ordenada, não havendo como se considerar ordenado um sistema de regras conflitantes.

Logo, a revogação tácita pressupõe a existência de uma norma anterior que seja incompatível com a norma posterior, pelo que resta a primeira revogada, pelo princípio de direito intertemporal, segundo o qual *lex posterior derogat lex priori*.

Num primeiro momento, parece ser o caso, posto que a regra do regime de retenção dos recursos extraordinários *lato sensu* consignada no art. 542, § 3º, do CPC, não mais se mostra aplicável, por manifesta incompatibilidade com as inovações procedimentais inauguradas pela Lei nº 11.187/05.

Cuida-se, todavia, de situação *sui generis*, posto que a incompatibilidade entre as citadas normas deflui não diretamente de seus textos propriamente ditos, mas das exceções ao regime de retenção dos recursos especial e extraordinário criadas pela

---

<sup>30</sup> BRASIL, 1942, Art. 2º da LICC.

doutrina, pela jurisprudência e pela própria interpretação sistemática reiterada das regras jurídicas incidentes.

Daí porque parece mais consentâneo afirmar que, atualmente, se verifica a inaplicabilidade da retenção e não a revogação, expressa ou tácita, do dispositivo legal-processual que o prevê. Palavras outras, as inovações da citada e novel regra jurídica deságuam na total inaplicabilidade do disposto no art. 542, § 3º, do CPC, se podendo, todavia, falar na sua revogação.

Dessa forma, sugere-se a revogação do § 3º, do art. 542, do CPC, pelos motivos já apresentados, extirpando de forma expressa o regime de retenção do nosso ordenamento jurídico-processual. Essa sugestão já vem sendo observada no novo CPC, em trâmite no Congresso Nacional, tendo em vista que PLS nº 166/2010 não mais prevê tal regime de retenção de RESP e RE.

#### **4. Do acesso amplo à jurisdição**

Prevê a CR/88 a cláusula do acesso amplo à jurisdição, também denominada princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>31</sup>.

De início, impende mencionar a opção pelo termo “acesso à jurisdição”, em vez de “acesso à justiça”, por ser essa última de variegados significados, conforme lapidar observação de Leal (2009). Dessa forma:

Evitaremos aqui a expressão equívoca de “acesso à justiça” porque, como já esclarecemos, a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. É certo que o cognominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”. Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo democrático é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito-de-ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, CR/88)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso XXXV, da CR/88.

<sup>32</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67-68.

A referida cláusula constitucional pontifica que todos, indistintamente, têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que a reduzia a um direito puramente formal. A propósito, Nery Júnior (2009) preleciona que:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente<sup>33</sup>.

A toda evidência, o jurisdicionado quer não apenas a proclamação de seu direito subjetivo material, mas também o resultado útil dele imanente. Daí porque a concepção hodierna de jurisdição é indissociável do postulado da efetividade processual.

Assim, na atualidade, deve-se ter sempre em mira que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento destinado à realização prática da tutela do direito material, garantindo-lhe a efetividade, com base na lição de Gomes Neto (2005).

É bem por isso que Cappelletti e Garth (2002) informam que o acesso efetivo à jurisdição vem, cada vez mais, erigido à condição de direito social. Em assonância com a recorrente lição de Grinover, Cintra e Dinamarco (2002), para a efetividade do processo mister faz-se: a) a admissão ao processo (ingresso em Juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem os jurisdicionados; b) o modo-de-ser do processo (observação ao devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) utilidade das decisões, (dando a quem tem o direito, tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Num quadro tal, irrompe inexorável a importância social do estudo sob exame, haja vista que o mesmo visa permitir o conhecimento do litígio em sua totalidade, fazendo o Estado-juiz valer, nas especificidades do caso concreto, dos desideratos maiores contidos na CR/88, para que, enfim, atinja-se o escopo sócio-político-jurídico para o qual se deve converter toda e qualquer relação jurídica processual, conforme leciona Dinamarco (2008).

---

<sup>33</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

Não será demasiado, antes de prosseguir, averbar o entendimento diverso do idealizador da teoria neo-institucionalista do processo. Nesse sentido:

Observe-se que o processo não busca “decisões justas”, mas assegura as partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afaste-se desde logo ser o processo o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social” ou o modo de fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz<sup>34</sup>.

Sem embargo do notável saber de Leal (2009), reafirma-se aqui a concepção de processo como instrumento de salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, sob a cura do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88), redundando na realização prática de justiça, o que não decorre – é bem verdade – da magnanimidade do julgador, mas da restauração da ordem jurídica antes agredida pelo desrespeito ao direito de outrem; intento para cujo alcance não bastaria a participação isonômica das partes.

Portanto, a norma de retenção dos recursos extraordinários *lato sensu* existente no art. 542, § 3º, do CPC, tornou-se inaplicável por descompasso com as inovações procedimentais instauradas pela Lei nº 11.187/05, ante as exceções doutrinárias e jurisprudenciais de tal regime e afronta direta ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição.

## 5. Conclusão

Como conclusão, tem-se que, quer seja por revogação tácita, quer seja por inaplicabilidade (e aqui o debate acadêmico ressaí ao deslinde do problema científico-jurídico proposto), não mais há espaço no ordenamento jurídico processual, sendo certo que a pesquisa desenvolvida atingiu o objetivo proposto, que era justamente o de averiguar se ainda cabe o regime de retenção do RE e RESP, sob a sistemática procedimental atual aduzida pela Lei nº 11.187/05.

Lado outro, conclui-se que não houve revogação da regra de retenção dos recursos especial e extraordinário *stricto sensu*, posto que a incompatibilidade desta última para com as inovações aduzidas pela Lei nº 11.187/05 decorrem não dos respectivos textos frios de suas disposições, mas sim da interpretação doutrinária e aplicação jurisprudencial reiterada, não se podendo falar em revogação, no seu sentido mais técnico e jurídico.

---

<sup>34</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo* – ob. cit., 2009, p. 68.

Todavia, mesmo que não se possa falar em revogação do texto legal que prevê o regime de retenção dos recursos especial e extraordinário interpostos em face de acórdão que decide agravo de instrumento, é igualmente certo que tal instituto, sob a ótica processual vigente, afigura-se inaplicável em qualquer caso, posto que sua observância desaguardaria inexoravelmente no esvaziamento do próprio direito de ação inserto na CR/88, no art. 5º, inciso XXXV.

E, por ser assim, impõe-se constatar que a imposição do regime de retenção ao recurso especial e extraordinário hodiernamente afigura-se descabida em qualquer caso, devendo a parte interessada manejar medida cautelar dirigida ao STF e/ou ao STJ conforme a situação, a fim de ver processado de imediato seu recurso excepcional. Em ambas as hipóteses, pode ainda o recorrente se valer de simples petição endereçada ao tribunal competente mediante requerimento incidente ou pela via da reclamação.

Por derradeiro e, ainda nesta esteira, depois de realizada a pesquisa, chega-se também à conclusão de que não cabe recurso de agravo de instrumento dirigido às instâncias superiores, para fins de afastamento da regra contida no art. 542, § 3º, do CPC, posto que ainda não realizado juízo de admissibilidade pelo tribunal de apelação, que apenas cumpre disposição legal ao observar o regime de retenção.

É que o agravo de instrumento dirigido às instâncias superiores e que tem o escopo de impugnar decisão de admissibilidade negativa de RESP ou RE proferida pelo tribunal de origem. Ocorre que, no caso da aplicação do regime de retenção do art. 542, § 3º, do CPC, esse juízo ainda não foi realizado pelo órgão competente, que somente aplica a disposição legal que determina a retenção. Ou seja, ainda não se pronunciou, negativa ou positivamente, o Juízo competente sobre o cumprimento dos requisitos de admissão do respectivo recurso excepcional, mas apenas determinou-se o aguardo até a decisão final, para que possa o mesmo ser ou não conhecido.

Por fim, andou bem a Comissão de Juristas ao excluir do anteprojeto do CPC esse regime de retenção. Ademais, mesmo que inexista no futuro texto do novo CPC previsão da retenção dos recursos excepcionais em acórdãos de agravo de instrumento, a interpretação dos Tribunais superiores não poder seguir no sentido de sua aplicação, em função da reforma introduzida pela Lei nº 11.187/05 e da mudança de paradigma no PLS nº 166/2010, que mitiga o formalismo em julgamentos de RESP e RE, privilegiando os princípios constitucionais do acesso à jurisdição, da efetividade do processo e da celeridade do procedimento.

#### **Referências bibliográficas:**

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5869, de 11 jan. 1973. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. 168p.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil*: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2010/PLS201000166\\_01.pdf](http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2010/PLS201000166_01.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil*: Parecer nº 1.624, de 2010, e Emenda nº 221-CTRCPC (substitutivo aprovado). Brasília: Senado Federal, 2010b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 set. 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 dez. 1998. Modifica artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 1998.

BRASIL. Lei nº 11.187, de 19 out. de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MC 9.529/RJ. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. 1. Revela-se incompatível "reter" recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a *ratio essendi* da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual *a posteriori* (Lei nº 10.352/01). 2. A desretenção do recurso especial é admitida pela Corte com o escopo de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perecimento do direito. Precedentes do STJ: MC 10470/RJ, desta relatoria, DJ de 13.02. 2006 e MC 8356/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 30.05.2005. Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento em 05 out 2006. *Diário de Justiça da União*, 30 out. 2006 p. 245.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Ag. 266.834-PR-AgRg. EMENTA: Se busca o recorrente afastar a norma insculpida no art. 542, § 3º do CPC, cabe o ajuizamento de medida cautelar, pra que seja processado o recurso especial, não, porém a interposição do agravo, eis que não foi proferido juízo de admissibilidade pelo

Tribunal de Apelação, o qual apenas cumpre disposição legal. Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 22 fev. 2000. *Diário de Justiça da União*, 20 mar. 2000, p. 68.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 267.543/SP. EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBE APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ART. 523, § 4º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. JULGAMENTO SIMULTÂNEO DA AÇÃO PRINCIPAL E DA CAUTELAR. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO COM EFEITOS DIVERSOS. ART. 520 DO CPC. 1. Nas hipóteses em que o recurso especial é interposto contra decisão, que, proferida em sede de agravo de instrumento, recebe apelação, disciplinando-lhe os efeitos, deve-se afastar o regime de retenção previsto no art. 523, § 4º, do CPC. Precedentes. 2. A apelação interposta contra decisão simultânea da ação principal e da ação cautelar deve ser recebida com efeitos diversos, não se justificando o recebimento no duplo efeito. De fato, não há possibilidade de extensão do efeito suspensivo do recurso de apelação interposto na ação de conhecimento às demandas enumeradas nos incisos do art. 520 do CPC. Precedentes. 3. Recurso especial provido. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgamento em 11 out. 2005. *Diário de Justiça da União*, 20 fev. 2006, p. 254.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 86. Cabe Recurso Especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 02 jul. 1993 Seção III, p. 13.283.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Questão de Ordem na Petição 3515/MS. EMENTA: Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, § 3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C.Pr.Civil. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 27 set. 2005. *Diário de Justiça da União*, 21 out. 2005, p. 27.

CÂMARA, Bernardo; JUNQUEIRA, Bernardo; FREIRE, William. *Recurso especial e extraordinário: ciência jurídica e prática*. Belo Horizonte: Mineira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COSTA, Moacyr Lobo da; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *História do Processo: recursos*. São Paulo: Joen, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FUX, Luiz. Sobre a Comissão. *Senado Federal*: Brasília, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/default.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SOARES, Leonardo Mota. Recursos Especial e extraordinário retido nos autos. *Caderno de Estudos Jurídicos*, Belo Horizonte, v. 4, nº 4, p. 52-57, jul. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos do CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

## **A JURISDIÇÃO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CONFORME APROVADO NO SENADO)**

*Marcelo Gustavo Silva Siqueira*

Bacharel em Direito – PUC/RJ. Especialização em Direito da Empresa – CEPED/UERJ. LLM em Direito Societário e dos Mercados Financeiro e de Capitais – IBMEC. Pós-Graduação em Direito Tributário – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Mestrando em Direito Internacional – UERJ. Advogado da área tributária e societária de Denis Borges Barbosa Advogados.

**Resumo:** O presente artigo dispõe sobre a jurisdição e a cooperação internacional no projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

**Abstract:** This article refers to the international jurisdiction and cooperation provisions of the Bill of the new Civil Procedure Code as approved by the Federal Senate and now subject to discussion in the Chamber of Deputies.

**Palavras-chave:** Direito brasileiro; novo Código de Processo Civil; jurisdição internacional; cooperação internacional.

**Keywords:** Brazilian law; new Civil Procedure Code; international jurisdiction; international cooperation.

**Sumário:** 1) Introdução; 2) Alterações no capítulo “dos limites da jurisdição nacional”; 2.1) Competência concorrente; 2.2) Competência exclusiva; 2.3) Litispendência; 2.4) Cláusula de eleição de foro estrangeiro; 3) Cooperação internacional; 3.1) Auxílio direto 3.2) A eventual limitação do uso da prova proveniente do auxílio direto; 3.3) Procedimento da cooperação internacional; 4) Homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; 5) Conclusão.

### **1) Introdução**

Uma comissão de juristas liderada pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Luiz Fux foi designada pelo Senado para elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil (“Anteprojeto do novo CPC”) em substituição ao atual (“CPC atual”).

O Anteprojeto do novo CPC foi apresentado e resultou no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, cujo substitutivo com emendas resultou no Projeto de Lei nº 8.046/2010 (“novo Projeto de Lei do CPC”) atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, que também já propôs emendas.

O objeto do presente trabalho é a análise dos dispositivos do novo Projeto de Lei do CPC em face da atual jurisprudência sobre a competência internacional brasileira, a cooperação internacional e a homologação de sentenças estrangeiras. Dessa forma, não se consideram os casos sujeitos aos tratados internacionais existentes, em especial no âmbito do Mercosul.

A redação do novo Projeto de Lei do CPC sobre os tópicos indicados, tal como proposto no Projeto de Lei 8.046/2010 aprovado no Senado, encontra-se no item 6, mas durante o texto serão indicadas as redações originais do Anteprojeto do novo CPC que sofreram alterações ou foram excluídas, assim com as emendas, ainda pendentes de avaliação, da Câmara dos Deputados<sup>1</sup>.

## **2) Alterações no capítulo “dos limites da jurisdição nacional”**

### **2.1) Competência concorrente**

O artigo 88 trata da competência concorrente da justiça brasileira, ou seja, a demanda também pode ser ajuizada no exterior, e é tido como exemplificativo pela doutrina, pois não se deve negar o acesso a justiça, já que, entre outros argumentos, litigar no exterior é caro:

“A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas,

---

<sup>1</sup> PL 8046/2010 Emendas apresentadas. Projeto de Lei nº 8046, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Civil” (revoga a Lei nº 5.869, de 1973) (PL804610). Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_emendas.jsessionid=541C38637E59D0D876B6A7423F047101.node1?idProposicao=490267](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=541C38637E59D0D876B6A7423F047101.node1?idProposicao=490267).

em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão).” (STJ, RO . 64/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 23/06/2008)

O referido dispositivo teve sua redação praticamente mantida no artigo 21 do novo Projeto de Lei do CPC. A única diferença é um ajuste na terminologia utilizada no inciso III, que ao invés de prever “a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil” passa a dispor “o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”.

Destaca-se que mesmo no caso de demanda proposta no Brasil contra outro Estado, a posição atual não é a de se reconhecer automaticamente a imunidade de jurisdição<sup>2</sup>, atualmente relativa<sup>3</sup>, mas ao contrário, efetuar a citação do Estado para que o mesmo eventualmente a alegue ou renuncie<sup>4</sup>. Todavia, são encontradas decisões em sentido contrário<sup>5</sup>.

Sobre o tema, a Câmara dos Deputados avaliará uma emenda proposta (nº 83) pelo Deputado Reinaldo Azambuja para que seja inserido mais um parágrafo no artigo 21 para dispor que “a justiça brasileira não tem jurisdição sobre representações diplomáticas estrangeiras”, justificada conforme exposto abaixo:

“Quanto à inserção da ressalva do § 2º, pode, a olhos desarmados, parecer desnecessária, por conta do entendimento pacificado do STF.

Todavia, não raro as representações diplomáticas estrangeiras são acionadas ante o nosso Judiciário, tanto é que, existem decisões superiores negando a jurisdição brasileira, até porque, tais representações são consideradas, para todos os efeitos “territórios estrangeiros”, portanto, sujeitas à jurisdição dos países que representam, respectivamente.

Além do que, a singela interpretação dos artigos 21, 22 e 23 e, seus respectivos incisos, em alguns casos, propõe dúvida interpretação, quanto aos limites da jurisdição nacional.”

---

<sup>2</sup> Não se deve mais utilizar a terminologia de atos de império e atos de gestão para tanto.

<sup>3</sup> Sobre o tema, com citação doutrinária e atualização histórica da imunidade, aconselha-se a leitura do voto do Rel. Min. Garcia Vieira no RO 6/RJ (STJ, DJ 10/05/1999), onde ele inclusive destaca que quando atuava como juiz federal de 1º grau, mesmo durante a jurisprudência do STF sobre imunidade absoluta, citava o Estado estrangeiro que muitas vezes efetuava acordo pagando a quantia reivindicada, e do voto do Min. Francisco Rezek no ACi 9696 (STF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12-10-1990).

<sup>4</sup> “A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.” (STJ, RO 64/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 23/06/2008) Sobre o tema, ainda, os Recursos Ordinários 6/RJ, 7/RJ, 35/RJ, 36/RJ, 41/RJ, 62/RJ e 74/RJ no STJ e no STF, ACi 9696, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12-10-1990.

<sup>5</sup> STJ, REsp 436711/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 22/05/2006. STJ, RO 72/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 08/09/2009.

Considero que além da impropriedade da terminologia utilizada, pois o que se pretende é a defesa imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, tal tema não deve ser indicado no CPC, mas deixado para os acordos internacionais. A emenda proposta parece decorrer do entendimento de alguns julgadores em reconhecer a competência brasileira com base no artigo 88, inciso I do CPC atual, ou seja, indica-se a representação diplomática no país para alegar que o Estado estrangeiro é, por analogia, “*domiciliado*” no Brasil<sup>6</sup>.

Em decorrência da redação proposta no novo Projeto de Lei do CPC, resta mantida, portanto, a ausência de jurisdição internacional brasileira em função única e exclusivamente do domicílio do autor, não bastando este ter residência ou sede no Brasil<sup>7</sup>.

Todavia, são indicadas no novo Projeto de Lei do CPC algumas ressalvas a tal regra: no caso de demandas por alimentos e as provenientes de relações de consumo. A proposta, que em tese aumenta a competência concorrente da justiça brasileira, já constava na redação original do Anteprojeto do novo CPC, que teve apenas o seu artigo 21 renumerado para o artigo 22:

“**Art. 22.** Também caberá à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

- a) o credor tiver seu domicílio ou sua residência no Brasil;
- b) o réu mantiver vínculos pessoais no Brasil, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”

Alguns destacam que o artigo 89 do CPC atual já é suficiente para que a ação de alimentos seja proposta no Brasil pelo credor aqui residente, com base no entendimento de que a obrigação deve ser cumprida no país (atual art. 88, inciso II do CPC atual e art. 21, inciso II do novo Projeto de Lei do CPC). Em relação aos vínculos pessoais, que são os ativos do devedor, o dispositivo busca facilitar a efetividade da demanda.

---

<sup>6</sup> STJ, RO 13/PE, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJ 17/09/2007. “No corpo desse precedente, a competência da autoridade brasileira foi fixada com base no art. 88, I, do CPC, considerando-se, para fins de domicílio no país, por analogia, a existência de representação oficial da nação estrangeira, por seus consulados e por sua embaixada.” STJ, RO 64/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23/06/2008.

<sup>7</sup> Carmen Tibúrcio destaca que a regra do domicílio do autor prevista no artigo 94, parágrafo 3º do CPC atual é norma de competência interna, não aplicável, portanto, para a competência internacional.

A previsão da ação de alimentos (inciso I do art. 22) segue o padrão da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (Decreto 2.428/97), que dispõe:

“Competência na Esfera Internacional

Artigo 8

Têm competência, na esfera internacional, para conhecer das reclamações de alimentos, a critério do credor:

- a) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do credor;
- b) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor;
- c) o juiz ou autoridade do Estado com o qual o devedor mantiver vínculos pessoais, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão consideradas igualmente competentes as autoridades judiciais ou administrativas de outros Estados, desde que o demandado no processo tenha comparecido sem objetar a competência.”

No tocante ao consumidor, parte mais fraca da relação jurídica, este sempre tem ressaltada a necessidade de sua proteção, em decorrência dos contratos de adesão a que está sujeito<sup>8</sup>.

No Brasil, com a supressão da autonomia da vontade pela Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42) e, em especial, o disposto no seu artigo 9º<sup>9</sup>, que estabelece como aplicável a lei do país onde forem constituídas as obrigações (firmado o contrato) e privilegia a residência do proponente (parte mais forte), Claudia Lima Marques destaca a necessidade de se alterar tal dispositivo em relação aos contratos de consumo<sup>10</sup>.

Percebo, ainda, uma preocupação com a justiça quando Claudia Lima Marques destaca que as regras de conexão são classicamente cegas quanto ao seu resultado,

---

<sup>8</sup> DE ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: Regulamentação atual e a proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Organizadores). O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Renovar, 2006, p. 705 a 736.

<sup>9</sup> “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

<sup>10</sup> DE ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: Regulamentação atual e a proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. Op. cit., p. 713 e 725.

enquanto no caso do consumidor, uma pessoa física, tem-se uma preocupação em se incluir tal proteção nos direitos humanos, na dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>.

Apesar da discussão sobre a autonomia da vontade para a eleição de foro estrangeiro, o inciso III do art. 22 do novo Projeto de Lei do CPC parece prever a possibilidade de eleição de foro brasileiro pelas partes (não sendo cumulativo com qualquer outro dispositivo que trata de competência concorrente) ou na hipótese de uma delas aceitar tacitamente a demanda proposta pela outra em território brasileiro, ou seja, contestar sem indicar qualquer exceção legal ou decorrente de acordo diverso entre as partes.

## 2.2) Competência exclusiva

O artigo 89 do CPC atual, referente a competência exclusiva do judiciário brasileiro (impossibilidade de homologação de sentença estrangeira), foi mantido e sofreu pequeno ajuste na redação original do Anteprojeto do novo CPC, mas se manteve como referente apenas a causa mortis, cujo artigo 22 foi renumerado para o artigo 23 no CPC do Senado:

“Art. 23. (...)

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

Ressalta-se que o mesmo também não é exaustivo, pois outras demandas são exclusivas da justiça brasileira, como as contra o Estado brasileiro (imunidade de jurisdição):

“Afirma, ainda, que a ação promovida nos Estados Unidos e que deu origem à presente por se tratar de caso em que o Estado brasileiro é imune à jurisdição estrangeira, dada a competência absoluta da Justiça brasileira prevista no art. 89 do C.P.C.. Neste artigo, diz a requerente, “não se encontrará a determinação de competência absoluta da justiça brasileira para julgar as ações contra Estado brasileiro, em que este faz jus à imunidade perante tribunais estrangeiros. Porém, é óbvia a interpretação de que ao direito de o Estado não ser demandado em tribunais estrangeiros corresponde a competência exclusiva da jurisdição brasileira”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de não se conceder exequatur em relação à citação para responder a ações judiciais que competem exclusivamente à Justiça brasileira (CR 5.885-AgRg 0 Relator Sr. Ministro Sydney Sanches).” (STF, Carta Rogatória 9.697-1, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/04/2011)

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 728.

Outro exemplo é no âmbito da propriedade industrial onde, por exemplo, a ação de nulidade de patente (caput do art. 57 da Lei 9.279/96<sup>12</sup>) também deve ser proposta no Brasil<sup>13</sup>.

Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, que agora passa a constar expressamente no art. 917 do novo Projeto de Lei do CPC, as decisões estrangeiras sobre matérias de competência exclusiva do judiciário brasileiro não são passíveis de homologação.

Todavia, sobre a competência exclusiva para demandas referentes a imóveis (direitos reais e pessoais), a jurisprudência evoluiu para aceitar a homologação de acordos entre as partes sobre o tema, ou seja, a competência exclusiva permanece apenas em casos litigiosos. Portanto, o artigo 89, inciso I do CPC atual não se aplica para a separação de um casal que celebre acordo sobre imóvel no Brasil<sup>14</sup> ou no caso da observância de um testamento<sup>15</sup>, com a ressalva de que se limita ao eventual beneficiário indicado, tanto que em decisão recente sobre a renúncia da herdeira e a consequente aquisição do imóvel objeto do inventário por um terceiro no exterior, não foi deferida a homologação<sup>16</sup>.

Nesse contexto, em caso de sentença estrangeira que, por exemplo, decida o divórcio litigioso entre as partes e estabeleça a titularidade de imóvel no Brasil, apenas a primeira parte da decisão será passível de homologação no país<sup>17</sup>, como autoriza expressamente o parágrafo 2º do art. 914 do novo Projeto de Lei do CPC.

### 2.3) Litispendência

A litispendência (art. 90 do CPC atual) foi objeto de novo dispositivo na redação original do Anteprojeto do novo CPC, renumerado para o artigo 24 no novo Projeto de Lei do CPC:

**“Art. 24.** A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

---

<sup>12</sup> “Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”

<sup>13</sup> Considero a sua necessidade ainda que o INPI não atuasse no feito.

<sup>14</sup> NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 41ª ed., Saraiva, p. 232. STF, SEC 7146, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02-08-2002.

<sup>15</sup> STJ, SEC 1304/US, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 03/03/2008.

<sup>16</sup> STJ, SEC 3.532/EX, Rel. Min. Castro Meira, DJe 01/08/2011.

<sup>17</sup> Idem.

*Parágrafo único.* A pendência da causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial ou arbitral estrangeira.”

Considerando que a eficácia da sentença estrangeira no Brasil depende de homologação pelo STJ<sup>18</sup>, não cabe reconhecer a litispendência da ação estrangeira com a ação proposta no Brasil<sup>19</sup>, que por sua vez não impede a ação de homologação. Todavia, foi incluída expressamente a possibilidade do país celebrar tratados internacionais em sentido contrário. O STJ assim já decidiu sobre o tema<sup>20</sup>:

“A pendência de julgamento, no Brasil, de apelação contra sentença proferida em ação que discute alimento e guarda dos filhos dos ex-cônjuges não impede a homologação da sentença estrangeira que teve o mesmo objeto, na medida em que, conforme dispõe o art. 90 do Código de Processo Civil, "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas". Precedente do STJ e do STF.” (STJ, SEC 3.668/US, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/12/2010, DJe 16/02/2011)

Apesar do disposto, alguns litigantes insistem em tentar efeitos suspensivos quando uma ação proposta no Brasil corre junto com a ação de homologação de sentença estrangeira sobre o mesmo tema, mas o judiciário não tem concedido tais pedidos.

Em um caso no STJ, onde as partes elegeram como foro a jurisdição inglesa (o que foi tido como legal pelo TJRJ, mas – incidentalmente – ilegal pelo STJ) e, inclusive, lá litigaram, a parte derrotada resolveu iniciar novo processo no Brasil e requerer a suspensão da ação de homologação iniciada pela vencedora no foro inglês, visando atribuir os efeitos da coisa julgada à sentença estrangeira.

O TJRJ extinguiu a ação sem julgamento do mérito em decorrência da cláusula de eleição de foro, mas houve recurso (especial) ao STJ, além de medida cautelar visando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. Somente a medida cautelar foi julgada até o presente, com a indicação no voto de que a decisão do TJRJ estaria equivocada, pois, além da inexistência de litispendência, resultava no uso da competência do STJ ao atribuir efeitos à sentença estrangeira antes de sua homologação.

---

<sup>18</sup> Apesar da discussão sobre as sentenças meramente declaratórias, no caso do estado de pessoas o parágrafo único do artigo 15 da LICC foi revogado pela Lei 12.036/09.

<sup>19</sup> TIBURCIO, Carmen. Temas de Direito Internacional. Renovar, 2006, p. 502.

<sup>20</sup> “Não há falar em litispendência se a ação de separação judicial ajuizada pela requerida no Brasil é posterior não apenas à propositura da ação de divórcio que a requerida também ajuizou nos Estados Unidos, mas também ao trânsito em julgado da sentença estrangeira.” (STJ, SEC .393/US, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 05/02/2009)

Porém, esse não era o objeto da ação cautelar, que apenas visava efeito suspensivo ao recurso especial. A medida cautelar não foi resolvida por meio da renúncia expressa (pela cláusula de eleição de foro) ou tácita (se ilegal a cláusula, a parte ainda assim compareceu ao foro eleito para se defender) à jurisdição brasileira pela parte recorrente (derrotada), mas pelo comportamento processual conflitante da mesma, violando a boa fé objetiva:

“Processo civil. Medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Ação proposta pela requerente, perante justiça estrangeira. Improcedência do pedido e trânsito em julgado da decisão. Repetição do pedido, mediante ação formulada perante a Justiça Brasileira. Extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo TJ/RJ, com fundamento na ausência de jurisdição brasileira para a causa. Impossibilidade.

Pedido de medida liminar para a suspensão dos atos coercitivos a serem tomados pela parte que sagrou-se vitoriosa na ação julgada perante o Tribunal estrangeiro. Indeferimento. Comportamento contraditório da parte violador do princípio da boa-fé objetiva, extensível aos atos processuais.

- É condição para a eficácia de uma sentença estrangeira a sua homologação pelo STJ. Assim, não se pode declinar da competência internacional para o julgamento de uma causa com fundamento na mera existência de trânsito em julgado da mesma ação, no estrangeiro.

Essa postura implicaria a aplicação dos princípios do 'forum shopping' e 'forum non conveniens' que, apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras.

- A propositura, no Brasil, da mesma ação proposta perante Tribunal estrangeiro, porém, consubstancia comportamento contraditório da parte. Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no processo civil. O deferimento de medida liminar tendente a suspender todos os atos para a execução da sentença estrangeira, portanto, implicaria privilegiar o comportamento contraditório, em violação do referido princípio da boa-fé.

Medida liminar indeferida e processo extinto sem resolução de mérito.”

(STJ, MC 15398/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 23/04/2009)

Recentemente, pedido semelhante foi efetuado e inicialmente deferido na própria ação de homologação estrangeira<sup>21</sup>. Porém, o sobrestamento da ação de homologação até a decisão de outra em trâmite no Brasil foi posteriormente revisto:

---

<sup>21</sup> DJ 01/02/2010.

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DEFERIDO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. AÇÃO NA QUAL SE DISCUTE A VALIDADE DA SENTENÇA EM TRÂMITE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. REFORMA DA DECISUM.

1. A propositura de ação, no Brasil, discutindo a validade de cláusula arbitral porque inserida, sem destaque, em contrato de adesão, não impede a homologação de sentença arbitral estrangeira que, em procedimento instaurado de acordo com essa cláusula, reputou-a válida.
2. A jurisprudência do STF, à época em que a homologação de sentenças estrangeiras era de sua competência constitucional, orientava-se no sentido de não vislumbrar óbice à homologação o fato de tramitar, no Brasil, um processo com o mesmo objeto do processo estrangeiro. Precedentes. A jurisprudência do STJ, ainda em formação quanto à matéria, vem se firmando no mesmo sentido. Precedente.
3. Exceção a essa regra somente se dava em hipóteses em que se tratava de competência internacional exclusiva do Brasil, ou em matéria envolvendo o interesse de menores. Precedentes.
4. Se um dos elementos que impediria o deferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira é o fato de haver, no Brasil, uma sentença transitada em julgado sobre o mesmo objeto, suspender a homologação até que se julgue uma ação no país implicaria adiantar o fato ainda inexistente, para dele extrair efeitos que, presentemente, ele não tem.
5. Agravo regimental provido para o fim de determinar a continuidade do julgamento da SEC.” (STJ, AgRg na SEC 854/EX, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 14/04/2011)

A relatora para o acórdão, com razão, destacou em seu voto:

“Em uma circunstância como essa, não há sentido em se suspender o trâmite do pedido de homologação. Se um dos elementos que impediria esse deferimento é a prévia existência de sentença transitada em julgado no Brasil, suspender a homologação até que essa sentença seja proferida implicaria adiantar o fato ainda inexistente, para dele extrair efeitos que, presentemente, ele não tem. Seria, com outras palavras, criar uma suspensão pela mera litispendência, ao arrepio do art. 90 do CPC.”

A questão não é simples se considerarmos determinados casos concretos, mas a técnica processual exige que não se atribua efeito suspensivo a uma medida em

detrimento da outra, restando basicamente uma disputa entre as ações para ver qual delas termina primeiro no Brasil e, passando a ter efeitos de coisa julgada, resulta na extinção da outra sem julgamento do mérito.

## 2.4) Cláusula de eleição de foro estrangeiro

O artigo 24 do Anteprojeto do novo CPC previa:

“Art. 24. Não cabem à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, arguida pelo réu na contestação.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.”

Todavia, o referido artigo 24 do Anteprojeto do novo CPC foi excluído no Senado, conforme emenda do Senador Marconi Perillo, assim justificada:

“O artigo 24 exclui da competência da Justiça brasileira de julgamento das ações decorrentes de contratos em que “houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro”. Não é exigida a mínima vinculação da lide ao Estado estrangeiro.

Este artigo do Projeto atenta contra o princípio constitucional que garante o efetivo acesso ao Poder Judiciário em qualquer caso de lesão de direito, ou de ameaça de lesão (CF, art. 5º, XXXV).

A inovação trazida pelo art. 24 é inconstitucional e altamente nociva à efetividade da tutela jurídica, que o novo Projeto de Lei do CPC pretende aperfeiçoar. Inclusive implica descrédito, *capitis deminutio* ao Poder Judiciário nacional.” (Emenda nº 168 ao PLS nº 166, de 2010<sup>22</sup>)

Que acabou deferida:

### “II.4.117 – Emenda nº 168

A Emenda n.º 168 merece ser acolhida. Realmente, a regra projetada para o art. 24 atenta contra o princípio constitucional que garante o efetivo acesso ao Poder Judiciário em qualquer caso de lesão de direito, ou de ameaça de lesão (CF, art. 5º, XXXV), já que permite a exclusão de certas questões da jurisdição brasileira.” (Parecer nº 1624, de 2010, Relator Senador Valter Pereira, p. 227/228<sup>23</sup>)

A emenda não é razoável, bastando efetuar uma analogia com a arbitragem. Ora, se é possível prever a solução mediante arbitragem internacional sobre determinada

---

<sup>22</sup> Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83510&tp=1>.

<sup>23</sup> Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>.

demanda, com o *seat* (sede) da mesma não sendo no Brasil, qual o impedimento para que exista a mesma opção para a escolha de foro estrangeiro? Inexiste qualquer restrição ao acesso à justiça, como inclusive decidiu o STF em relação a Lei de Arbitragem<sup>24</sup>.

Logicamente que se a hipótese for de competência exclusiva (como o parágrafo único previa) tal disposição será ineficaz, pois eventual decisão estrangeira não será homologada no Brasil. Da mesma forma, em casos de contratos de adesão e/ou de hipossuficiência da parte (e.g. relações de consumo), o juiz poderá desconsiderar a eleição do foro por meio dos critérios indicados pela doutrina e, por analogia, pelo art. 4º da Lei 9.307/96.

Posturas nacionalistas que consideram a eleição do foro estrangeiro como um desrespeito ao judiciário brasileiro não podem prosperar. Não se trata de uma declaração das partes de que não confiam ou desmerecem o judiciário brasileiro ou de que o mesmo é limitado. Trata-se apenas da busca por um foro mais especializado em determinadas demandas, com uma estrutura mais adequada e que profira decisões com mais celeridade. Em resumo, os motivos gerais são os mesmos que leva a escolha da arbitragem.

Além disso, o dispositivo prevê que o réu deve arguir a eleição do foro, caso contrário terá anuído tacitamente à jurisdição brasileira. A exclusão do dispositivo foi um equívoco.

A maioria da doutrina defende a eleição de foro, mas o Superior Tribunal de Justiça – STJ costuma aceitar a mesma apenas quando verifica alguma conexão da relação (contratual) entre as partes com o foro escolhido e nenhuma com o Brasil, ou seja, não se trata de um efetivo reconhecimento da autonomia da vontade das partes em eleger o foro estrangeiro, mas da falta de competência jurisdicional brasileira<sup>25</sup>:

“4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. (...)

---

<sup>24</sup> STF, SE 5206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30-04-2004.

<sup>25</sup> STJ, REsp 1177915/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJRS), DJe 24/08/2010. “1. A cláusula de eleição de foro estrangeiro não afasta a competência internacional concorrente da autoridade brasileira, nas hipóteses em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil (art. 88, II, do CPC). Precedentes.” (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1159796/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/03/2011)

7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência.

No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio.

8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social.

(...)

11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes.

**12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira.**

13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual.

14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC." (STJ, REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE

SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011)  
(grifo nosso)

No mesmo contexto (relação do foro escolhido com a demanda), mas referente a homologação de sentença estrangeira, o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional elaborado por comissão instituída pelo Ministério da Justiça em 2004<sup>26</sup> estabelece em seu artigo 19 as decisões estrangeiras homologáveis, ainda que o Brasil tenha competência concorrente:

“Art. 19. São homologáveis as decisões estrangeiras, ainda que concorrente a competência da autoridade judiciária brasileira, quando:

I- o réu tiver domicílio no Estado onde a decisão foi proferida;

II- fundadas em atos ou fatos ocorridos no Estado onde proferidas;

III- na hipótese de homologação de sentença civil, as partes tiverem se submetido expressa ou tacitamente à jurisdição do Estado onde proferida; ou

IV – houver elementos de conexão com a jurisdição na qual a decisão foi proferida.

Parágrafo único. Entender-se-á feita a submissão tácita pelo autor quando este ajuizar ação no exterior ou, pelo réu, quando, no âmbito desta ação, apresentar defesa de mérito sem argüir a declinatória. Não se entenderá que tenha havido submissão tácita se o processo correr à revelia.”

Porém, também são encontradas decisões a favor da eleição de foro (em menor número). Os defensores da autonomia da vontade das partes para elegerem o foro estrangeiro<sup>27</sup> sempre citam um antigo precedente do Supremo Tribunal Federal – STF:

“O direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública.” (STF, RE 30636, Rel. MIn. Cândido Motta, julgado em 24/01/1957)

O STJ, inclusive, o fez em um julgado (REsp 242383/SP) onde mais uma vez considerou as particularidades do caso concreto (apesar da sempre indicada

---

<sup>26</sup> DA SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em [http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS\\_PARA\\_DOWNLOAD/artigos\\_em\\_pdf/anteprojeto\\_delei.pdf](http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS_PARA_DOWNLOAD/artigos_em_pdf/anteprojeto_delei.pdf).

<sup>27</sup> “Emitiram suas vontades de forma livre e consciente e na pactuação feita qualificaram o desejo, como contratantes, de se submeterem ao império da Lei Inglesa e, consequentemente, à sua jurisdição. Vício algum há nessa escolha, que não atenta à soberania brasileira e tampouco aos direitos dos nossos nacionais. Trata-se de relação de direito privado, com prevalência da vontade das partes.” TJRJ, AI 2007.002.02431, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, DJ 15/05/2007.

impossibilidade de reexame de provas), mas depois concluiu que ainda assim as partes podem estipular o foro estrangeiro<sup>28</sup>.

Sobre o tema, cabe ainda lembrar que a Súmula 335<sup>29</sup> do STF originou-se de discussão no âmbito interno, logo não é aplicável para definir a competência internacional<sup>30</sup>.

Na Câmara dos Deputados foram propostas duas emendas a favor do retorno do dispositivo em questão, justificados da mesma forma pelos deputados Paes Landim e Sandro Mabel (Emendas nº 113 e 116 de 28/09/11):

“O Artigo deve ser mantido e não excluído, pois afeta a vontade das partes, especialmente de empresas que dependem de fornecimento de serviços ou de bens estrangeiros, para as quais é preferível e necessária a cláusula de foro de eleição. Se mantida a exclusão, como executar uma sentença no exterior para forçar o cumprimento dessa sentença?”

### **3) Cooperação internacional.**

Cristina Queiroz destaca que a “cooperação” (direito da cooperação) surge como uma das funções do direito internacional em substituição às anteriores lei do poder, lei da reciprocidade e direito da coordenação<sup>31</sup>.

Nesse contexto, Tarso Genro exemplifica a necessidade de obtenção de provas em diversas jurisdições e ressalta que “um ato de cooperação, que tradicionalmente poderia ser visto como uma violação da soberania de Estados, hoje em dia, pode ser reconhecido como uma forma de manutenção de um novo conceito de soberania, estabelecido pelas atuais relações entre Estados.”<sup>32</sup>

O Anteprojeto do novo CPC, porém, não apresentava muitos dispositivos sobre a cooperação internacional, possuindo apenas dois artigos no capítulo sobre o tema:

---

<sup>28</sup> “A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos.” (STJ, REsp 242383/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 21/03/2005)

<sup>29</sup> Súmula 335 do STF: É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato. Data de aprovação: Sessão plenária de 13/12/1963.

<sup>30</sup> TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 104.

<sup>31</sup> QUEIROZ, Cristiane. Direito Internacional e Relações Internacionais. Coimbra Editora, 2009, p. 40 a 45.

<sup>32</sup> GENRO, Tarso. A Cooperação Jurídica Internacional e o Propósito deste Manual. In: DRICI/SNJ/MJ. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Cooperação em Matéria Civil. Brasília: 2009, p. 12.

“Art. 25. Os pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas no Brasil, quando tiverem de ser atendidos em conformidade com decisão de autoridade estrangeira, seguirão o procedimento de carta rogatória.

Art. 26. Quando a obtenção de prova não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto.”

O artigo 25 destacava o procedimento já adotado na ocasião de pedidos de produção de provas provenientes de outros países, recebidos mediante carta rogatória.

O artigo 26, por sua vez, apenas esclarecia que muitas vezes a obtenção ou produção da prova, seja pela legislação do local onde será produzida, ou pelo fato de tal informação ser pública (e.g. obtenção de certidões), não requer um pedido formal de um poder judiciário ao outro, podendo o Estado requerente se valer do auxílio direto para tanto.

Os dispositivos, porém, tiveram suas redações alteradas, além da inclusão de diversos outros no capítulo sobre a cooperação internacional (arts. 25 a 41 do novo Projeto de Lei do CPC, conforme constantes no item 6), que seguiram alguns dos dispositivos elaborados pela Comissão para Elaboração de Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional instituída pelo Ministério da Justiça em 2004<sup>33</sup>.

O novo artigo 25 dispõe que na ausência de tratado e se existente reciprocidade<sup>34</sup> sobre o tema, manifestada por via diplomática, é que deve ser aplicado o disposto no novo Projeto de Lei do CPC.

O artigo 26 passou a ser o parágrafo único do artigo 27 que prevê as formas de execução dos pedidos de cooperação jurídica internacional (carta rogatória, ação de homologação de sentença estrangeira e auxílio direto), com o novo artigo 26 prevendo que a cooperação pode ocorrer mediante procedimentos administrativos ou judiciais.

### 3.1) Auxílio direto

---

<sup>33</sup> DA SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em [http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS\\_PARA\\_DOWNLOAD/artigos\\_em\\_pdf/anteprojeto\\_delei.pdf](http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS_PARA_DOWNLOAD/artigos_em_pdf/anteprojeto_delei.pdf).

<sup>34</sup> “CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. CHANCELA CONSULAR. TRÂMITE POR MEIO DE AUTORIDADE CENTRAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. – Encaminhado o pedido rogatório via autoridade central, estão satisfeitos os requisitos da legalidade e da autenticidade, nos termos dos arts. 5º e 6º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias – Decreto n. 1.899/1996. – A cooperação judicial internacional por carta rogatória não se fundamenta apenas em acordos específicos firmados entre o Brasil e os países rogantes. Funda-se, também, na garantia, expressa no pedido rogatório, de aplicação do princípio da reciprocidade. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg nos EDcl na CR 2260/MX, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29/11/2007)

Uma breve introdução sobre as formas de execução dos pedidos se faz necessária. Nádia de Araújo assim define as cartas rogatórias (serão tratadas no item 4 abaixo):

“As cartas rogatórias destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação e cientificação, denominados ordinatórios ou de mero trâmite; de coleta de prova, chamados instrutórios; e, ainda, os que contêm medidas de caráter restritivo, chamados executórios. Elas são o veículo de transmissão de qualquer pedido judicial, podendo ser de caráter cível ou penal. Representam um pedido formal de auxílio para a instrução do processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro. Estão reguladas no Código de Processo Civil (CPC), no capítulo referente à comunicação dos atos (artigo 201).”

O auxílio direto, por sua vez, é uma das espécies de cooperação entre os Estados por meio de suas autoridades-centrais, responsáveis por remeter e receber, atender tais pedidos. Nádia de Araújo cita Maria Rosa Guimarães Loula que assim destacou o tema em sua tese de doutorado:

“A “assistência direta” é um novo mecanismo de cooperação jurídica internacional que não se confunde com a carta rogatória e nem com a homologação de sentença estrangeira. Trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou a AGU (civil) propor a demanda desde o início. Por isso a assistência direta difere da carta rogatória. Na carta rogatória passiva há uma ação no estrangeiro e o juiz estrangeiro solicita que juiz nacional pratique certo ato (e já diz qual é o ato). O juiz nacional só pode praticar aquele ato ou negar aplicação (no caso de ofensa à ordem pública). A assistência direta começou nos países de *Common Law*, onde não difere muito da carta rogatória. Este procedimento começou a ser utilizado no Brasil para resolver o impasse criado pela jurisprudência do STF sobre cartas rogatórias executórias. Este procedimento está bem descrito no acordo bilateral Brasil-EUA e no Protocolo de São Luís, Mercosul (assistência judicial em matéria penal).” (ARAÚJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: DRICI/SNJ/MJ. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Cooperação em Matéria Civil. Brasília: 2009, p. 45)

O outro procedimento é um pedido ao judiciário local, que profere uma decisão e a encaminha mediante carta rogatória para que a justiça estrangeira o cumpra. Pelo auxílio direto, porém, esse procedimento é suprimido (o que começa a levantar questionamentos), pois em tese se depende apenas da autoridade central brasileira para requerer à autoridade central estrangeira a produção de determinada prova, que dessa forma é produzida no outro país, mediante, se necessário, a propositura de uma ação pelo mesmo perante o seu judiciário. Dessa forma, do país requerente sai uma solicitação e não uma decisão judicial deferindo a mesma, o que afasta a eventual necessidade de *exequatur*<sup>35</sup> ou homologação de uma decisão judicial:

“Pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Não encaminha uma decisão judicial a ser aqui executada, mas solicita assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as providências necessárias à satisfação do pedido.

Se as providências solicitadas no pedido de auxílio estrangeiro exigirem, conforme a lei brasileira, decisão judicial, deve a autoridade competente promover, na Justiça brasileira, as ações judiciais necessárias.

O Estado estrangeiro, ao se submeter à alternativa do pedido de auxílio jurídico direto, concorda que a autoridade judiciária brasileira, quando a providência requerida exigir pronunciamento jurisdicional, analise o mérito das razões do pedido. O mesmo não ocorre no julgamento da carta rogatória pelo STJ, cujo sistema *exequatur* impede a revisão do mérito das razões da autoridade estrangeira, salvo para verificar violação à ordem pública e à soberania nacional. Na carta rogatória, dá-se eficácia a uma decisão judicial estrangeira, ainda que de natureza processual ou de mero expediente. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não-sujeita ao juízo de delibação.” (DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e Cooperação Internacional. In: DRCI/SNJ/MJ. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Cooperação em Matéria Civil. Brasília: 2009, p. 32)

O novo Projeto de Lei do CPC trata os pedidos efetuados pelo Brasil como cooperação jurídica internacional ativa, enquanto os recebidos são denominados cooperação jurídica internacional passiva. O artigo 28 do novo Projeto de Lei do CPC lista alguns dos possíveis objetos da cooperação jurídica internacional: a comunicação de atos processuais; a produção de provas; medidas de urgência, tais como decretação de indisponibilidade, sequestro, arresto, busca e apreensão de bens, documentos, direitos e valores; perdimento de bens, direitos e valores; reconhecimento e execução de

---

<sup>35</sup> “PROCESSO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. ACORDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL. ROGATÓRIA. DESNECESSIDADE DE EXEQUATUR. A solicitação da autoridade estrangeira com fundamento em acordos internacionais de assistência judiciária mútua independe para sua efetividade do exequatur, do cumpra-se, como se exige para cumprimento de rogatória.” (TRF 1, RC 2002.34.00.028079-2/DF, Rel Juiz Tourinho Neto, julgado em 12/09/2006)

outras espécies de decisões estrangeiras; obtenção de outras espécies de decisões nacionais, inclusive em caráter definitivo; informação de direito estrangeiro; e a prestação de qualquer outra forma de cooperação jurídica internacional não proibida pela lei brasileira.

### **3.2) A eventual limitação do uso da prova proveniente do auxílio direto.**

As maiores discussões no Brasil sobre o uso do auxílio ocorreram no âmbito penal, tanto no auxílio ativo quando no passivo, sendo um deles o uso da prova proveniente de auxílio direto.

O artigo 29 do novo Projeto de Lei do CPC indica que no caso de prova produzida no exterior, sua utilização pelo Brasil “observará as eventuais condições e limitações impostas pelo Estado que a forneceu”. No âmbito dos acordos de cooperação em matéria civil inexistiu tal limitação<sup>36</sup>, com as mesmas surgindo apenas nos acordos de cooperação em matéria penal, onde é usual a inclusão de um artigo prevendo a eventual restrição de uso da prova obtida<sup>37</sup>. O Acordo entre o Brasil e os EUA (Decreto 3.810/01), por exemplo, prevê:

#### “Artigo VII

##### Restrições ao Uso

1. A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido. Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas.
2. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá requerer que as informações ou provas produzidas por força do presente Acordo sejam mantidas confidenciais ou usadas apenas sob os termos e condições por ela especificadas. Caso o Estado Requerente aceite as informações ou provas sujeitas a essas condições, ele deverá respeitar tais condições.
3. Nenhum dos dispositivos contidos neste Artigo constituirá impedimento ao uso ou ao fornecimento das informações na medida em que haja obrigação constitucional nesse sentido do Estado Requerente, no âmbito de uma ação

---

<sup>36</sup> Acordo de Cooperação em Matéria Civil com a Espanha (Decreto 166/91), Argentina (Decreto 1.560/95), Itália (Decreto 1.476/95), Uruguai (Decreto 1.850/96), França (Decreto 91.207/85, Decreto 3.598/00), Chile e Bolívia (Decreto 6.891/09) e Protocolo sobre o tema no âmbito do Mercosul (Decreto 2.067/96).

<sup>37</sup> Artigo XIV do Acordo com Cuba (Decreto 6.462/08), artigo 7 do Acordo com a China (Decreto 6.282/07), artigo 7 do Acordo com os EUA (Decreto 3.810/01), artigo 9 do Acordo com a Coreia do Sul (Decreto 5.721/06) e artigo VII do Acordo com a Ucrânia (Decreto 5.984/06).

penal. O Estado Requerente deve notificar previamente o Estado Requerido de qualquer proposta de fornecimento de tais informações.

4. Informações ou provas que tenham sido tornadas públicas no Estado Requerente, nos termos do parágrafo 1 ou 2, podem, daí por diante, ser usadas para qualquer fim.”

Sobre a aplicação específica desse artigo, o STF já se manifestou sobre o mesmo no Inquérito 2.245/MG<sup>38</sup> e na Ação Penal 470/MG<sup>39</sup>, sendo que na última o Min. Joaquim Barbosa assim discorreu em seu voto:

“Nós analisamos os termos em que os documentos foram fornecidos pela autoridade norte-americana e constatamos que a única restrição de uso se referiu à pessoa – somente o Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderiam utilizar referidos dados -, e não ao processo.

Em verdade, a defesa não interpretou corretamente o Decreto nº 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (...).

Referido dispositivo legal não estabelece que o uso dos documentos enviados deverá, sempre, se restringir ao inquérito que deu origem ao pedido. Ao contrário, ele apenas autoriza que a Autoridade Central do Estado requerido estabeleça essa restrição de uso, o que não ocorreu no caso concreto.

Nesse sentido, a Autoridade Americana utilizou-se, somente, da prerrogativa no artigo VII, nº 2, do Acordo (...).

**In casu, a única restrição imposta referiu-se ao órgão que utilizaria as provas, tendo a Autoridade Americana solicitado que os documentos fossem**

---

<sup>38</sup> “NONA PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS COM BASE NO ACORDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS. DECRETO Nº 3.810/2001. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES. DADOS FORNECIDOS PARA OS PROCURADORES FEDERAIS BRASILEIROS E PARA A POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA, SEM RESTRIÇÃO QUANTO AOS PROCESSOS QUE DEVERIAM INSTRUIR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM OUTROS ÓRGÃOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. O sigilo das contas bancárias sediadas no exterior foi afastado pelo Poder Judiciário norte-americano, nos termos do Ofício encaminhado pelo Governo dos Estados Unidos com os dados solicitados. O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi informado de todos os procedimentos adotados pelo Procurador-Geral da República para sua obtenção e, ao final, recebeu o resultado das diligências realizadas por determinação da Justiça estrangeira. Os documentos foram encaminhados para uso pelos órgãos do Ministério Público e da Polícia Federal, contendo somente a ressalva de não entregar, naquele momento, as provas anexadas para outras entidades. Assim, também não procede a alegação de ilicitude da análise, pelo Instituto Nacional de Criminalística, órgão da Polícia Federal, dos documentos bancários recebidos no Brasil.” (STF, Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 09-11-2007)

<sup>39</sup> “Ademais, não houve qualquer afronta ao texto legal invocado pelos embargantes (Decreto nº 3.810/2001), que apenas autoriza, mas não impõe, o estabelecimento de restrições ao uso de provas obtidas por meio do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos da América, promulgado pelo referido Decreto. Na hipótese dos autos, não foi estabelecida, pela Autoridade Central do Estado Requerido, restrição ao uso das provas em inquéritos policiais.” (STF, AP 470 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 30-04-2009)

**utilizados apenas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público, vedando sua utilização por outras entidades ou autoridades brasileiras.**

Repito ainda uma vez: a Autoridade Americana não impôs, em momento algum, restrição de uso das provas em outros inquéritos ou ações penais! A condição foi redigida nos seguintes termos, no ofício de encaminhamento remetido pelo Governo dos Estados Unidos:

“O Escritório do Procurador Distrital do Condado de Nova Iorque obteve os registros bancários como parte de sua própria investigação criminal e **obteve ordens judiciais para abrir os documentos apenas para os Procuradores Federais brasileiros e para a Polícia Federal brasileira, que fizeram os acima referidos pedidos nos termos do tratado de assistência mútua.**

Portanto, neste momento, por favor, não compartilhe as provas anexadas com quaisquer outras entidades ou autoridades no Brasil (...).” (grifos nossos)

O ponto a ser discutido nesse caso é o da prova emprestada em decorrência das limitações que o Estado que a disponibilizou pode efetuar. No caso concreto, o problema começa com a CPI do Banestado que recebeu uma listagem em mídia eletrônica de contas e remessas mantidas e efetuadas aos EUA<sup>40</sup> e a compartilhou com inúmeros inquéritos e processos criminais<sup>41</sup>, além da Receita Federal do Brasil.

O tema é relevante porque ao repassar tais documentos para a Receita Federal do Brasil, esta autuou inúmeros contribuintes cujos nomes constam nos referidos documentos, sobre o argumento de rendimentos omitidos, para que recolham o imposto de renda sobre tais valores<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> “Em 14/08/2003, segundo a impetração, o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba – SJPR decretou a quebra de sigilo da empresa norte-americana BEACON HILL, sediada em Nova Iorque, a pedido do Delegado de Polícia Federal, Dr. PAULO ROBERTO FALCÃO RIBEIRO, referendado pelo MPF. Com base nisso, a Força-Tarefa dirigiu-se à cidade de Nova Iorque e lá obteve o apoio da Promotoria Distrital daquele Condado, que pediu uma autorização ao Judiciário norte-americano para acesso ao sigilo das operações da BEACON HILL.” (TRF 2, HC 2004.02.01.014022-1, Rel. Des. Abel Gomes, julgado em 23/05/2007) “A decisão do Juízo Federal de Curitiba também cita o MLAT como a base pela qual encarregou a autoridade policial presidente da investigação de proceder às diligências perante as autoridades americanas.” (TRF 2, HC 4648/RJ (Proc. 2006.02.01.006661-3), Rel. Juiz Abel Gomes, DJ 19/06/2007)

<sup>41</sup> “QUARTA PRELIMINAR. PROVA EMPRESTADA. CASO “BANESTADO”. AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO TANTO PELA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO COMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGALIDADE. O acesso à base de dados da CPMI do Banestado fora autorizado pela CPMI dos Correios. Não bastasse isso, o Presidente do Supremo Tribunal Federal deferiu o compartilhamento de todas as informações obtidas pela CPMI dos Correios para análise em conjunto com os dados constantes dos presentes autos. Não procede, portanto, a alegação de ilegalidade da prova emprestada do caso Banestado.” (STF, Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 09-11-2007)

<sup>42</sup> Sem contar o embasamento do pedido da quebra de sigilo bancário e o procedimento e formalidades necessárias para o uso de tais documentos nos autos das investigações e processos criminais em trâmite no país, também relevantes para avaliar a legalidade da prova.

Ressalva-se que os mesmos não faziam parte do processo em trâmite no juízo federal de Curitiba que aparentemente autorizou o auxílio direto. A prova emprestada deve ter origem em processo com a participação do contribuinte, para que este tenha ciência da mesma e seja garantido o contraditório e a ampla defesa<sup>43</sup>.

Os contribuintes se insurgiram no âmbito administrativo fiscal contra o uso de tal prova emprestada, mas a Receita Federal em suas decisões de 1ª instância<sup>44</sup> manteve a sua legalidade:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ementa: (...). MEIOS DE PROVAS. RECURSOS ENVIADOS AO EXTERIOR. São válidas as informações veiculadas em relatório da Secretaria da Receita Federal, decorrentes de Laudos Técnicos do Instituto Nacional de Criminalística, elaborados a partir das mídias eletrônicas e documentos apresentados pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque à Comissão Parlamentar de Inquérito do Banestado. PROVA EMPRESTADA Devem ser aceitas no processo administrativo fiscal as provas encaminhadas à Secretaria da Receita Federal pelo Poder Judiciário. (...). Exercício: 01/01/2000 a 31/12/2000” (MF/DRJ/RJOII, Acórdão 13-17206, de 20/09/2007)

Deve-se verificar a origem (no atendimento do pedido pelos EUA) da prova e as eventuais limitações impostas ao seu uso no momento dessa disponibilização. Nesse contexto, é essencial que as autoridades brasileiras demonstrem em que termos o governo americano disponibilizou as informações, o que, porém, aparentemente não foi feito, permanecendo certa incerteza dessa origem. Se, porém, as mesmas foram as citadas pelo Min. Joaquim Barbosa na Ação Penal 470/MG, o uso de tal prova emprestada pela Receita Federal em autuações fiscais que poderão resultar em execuções fiscais é ilegal.

Além disso, sendo provas para fins criminais, o requerimento logicamente deve se basear em demandas dessa natureza<sup>45</sup>, mas podem as mesmas ser utilizadas em demandas de natureza diversa da matéria do tratado mediante autorização expressa do outro Estado? Conforme será destacado abaixo, o STJ aceitou o uso de uma prova, a ser obtida mediante um acordo de cooperação em matéria penal, em um inquérito civil.

---

<sup>43</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE ALMEIDA, Flávio Renato C.; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. volume 1, 5ª edição, 2002, p. 444/445. ARANHA, Adalberto José Camargo. Da Prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1987, p. 189/190. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 62. STJ, MS 9850/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 09/05/2005. STJ, HC 126302/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 03/08/2009.

<sup>44</sup> MF/DRJ/SDR, Acórdão 15-13490, de 21/08/2007. MF/DRJ/CPS, Acórdão 05-20619, de 20/12/2007. MF/DRJ, Acórdão 17-29317, de 18/12/2008. MF/DRJ, Acórdão 17-29401, de 07/01/2009. MF/DRJ, Acórdão 09-22523, de 11/02/2009. MF/DRJ, Acórdão 17-31308, de 27/04/2009.

<sup>45</sup> STJ, AgRg no AgRg na SS 2.382, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 23/09/2011.

### **3.3) Procedimento da cooperação internacional.**

Os artigos 30 a 41 do novo Projeto de Lei do CPC tratam do procedimento da cooperação internacional, que no caso brasileiro, salvo previsão em acordo internacional, serão encaminhados à autoridade central (na ausência de designação é o Ministério da Justiça<sup>46</sup>) para posterior envio ao Ministro de Relações Exteriores. O Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Cooperação em Matéria Civil<sup>47</sup> indica o roteiro de tramitação conforme o pressuposto legal do pedido em suas páginas 55 a 66.

Os documentos do pedido deverão ser traduzidos para a língua oficial do Estado requerido (art. 31 do novo Projeto de Lei do CPC), salvo disposição diversa no acordo sobre o tema, mas os documentos traduzidos pelo Estado estrangeiro não necessitarão observar maiores formalidades (não serão juramentadas, autenticadas, legalizadas, consularizadas, etc) se forem remetidos pelas autoridades centrais ou vias diplomáticas, salvo se o Brasil decidir exigir reciprocidade e o outro Estado não concordar com o mesmo tratamento (art. 33 do novo Projeto de Lei do CPC).

A competência das autoridades internas para o início do procedimento de auxílio direto será definida pela lei do Estado requerido (art. 38 do novo Projeto de Lei do CPC).

O pedido proveniente de Estado estrangeiro ao Brasil (cooperação jurídica internacional passiva) será recusado em caso de manifesta ofensa à ordem pública (art. 32 do novo Projeto de Lei do CPC).

No caso do auxílio direto, mediante tratado ou reciprocidade, os pedidos tramitarão pelas autoridades centrais dos Estados (art. 34 do novo Projeto de Lei do CPC), que se comunicarão diretamente sobre o tema, salvo acordo em contrário (art. 35 do novo Projeto de Lei do CPC). Muitas vezes essa troca de informações ocorre de maneira informal, incluindo questionamentos sobre a legislação brasileira aplicável sobre determinado tema por exemplo.

Em determinados casos, como a requisição de informações sobre os processos que determinada pessoa responde, o que pode ser obtido mediante a simples requisição de certidões ou cópia dos mesmos (caso inexistir segredo de justiça), o pedido de auxílio direto não requer qualquer manifestação do judiciário brasileiro, de modo que a

---

<sup>46</sup> Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI-SNJ).

<sup>47</sup> DRCI/SNJ/MJ. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Cooperação em Matéria Civil. Brasília: 2009.

autoridade central deverá tomar as medidas necessárias para o seu cumprimento (art. 36 do novo Projeto de Lei do CPC). Em caso de parte interessada no pedido, a autoridade central deverá citá-la para se manifestar sobre o mesmo (art. 40 do novo Projeto de Lei do CPC).

No âmbito do auxílio direto passivo, caso seja necessário obter autorização judicial, a Advocacia Geral da União (AGU) será responsável por requerer ao judiciário o objeto do auxílio direto solicitado pelo Estado estrangeiro (art. 37 do novo Projeto de Lei do CPC), salvo se outra autoridade for indicada em acordo (no âmbito penal, os acordos indicam o Ministério Público Federal – MPF<sup>48</sup>). Tal pedido judicial deverá ser efetuado, como já ocorre e assim foi decidido pelo STJ em âmbito penal, pelo juiz federal (1ª instância) onde deve ser executada a medida:

“2. As relações entre Estados soberanos que têm por objeto a execução de sentenças e de cartas rogatórias representam, portanto, uma classe peculiar de relações internacionais, que se estabelecem em razão da atividade dos respectivos órgãos judiciários e decorrem do princípio da territorialidade da jurisdição, inerente ao princípio da soberania, segundo o qual a autoridade dos juízes (e, portanto, das suas decisões) não pode extrapolar os limites territoriais do seu próprio País. Ao atribuir ao STJ a competência para a "concessão de exequatur às cartas rogatórias" (art. 105, I, i), a Constituição está se referindo, especificamente, ao juízo de delibação consistente em aprovar ou não o pedido feito por autoridade judiciária estrangeira para cumprimento, em nosso país, de diligência processual requisitada por decisão do juiz rogante. É com esse sentido e nesse limite, portanto, que deve ser compreendida a referida competência constitucional.

3. (...) medidas de cooperação mútua para a prevenção, a investigação e a punição efetiva de delitos dessa espécie, o que tem como pressuposto essencial e básico um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema de cooperação, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, não exclui, evidentemente, as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciários, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo.

**4. As providências de cooperação dessa natureza, dirigidas à autoridade central do Estado requerido (que, no Brasil, é o Ministério da Justiça), serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos**

---

<sup>48</sup> Portaria Conjunta nº 1/MJ/PGR/AGU, de 27/10/2005.

**padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno (e, portanto, sujeitas a controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado). Caso a medida solicitada dependa, segundo o direito interno, de prévia autorização judicial, cabe aos agentes competentes do Estado requerido atuar judicialmente visando a obtê-la. Para esse efeito, tem significativa importância, no Brasil, o papel do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, órgãos com capacidade postulatória para requerer, perante o Judiciário, essas especiais medidas de cooperação jurídica.**

(...)

A norma constitucional do art. 105, I, i, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder exequatur a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais.

7. No caso concreto, o que se tem é pedido de cooperação jurídica consistente em compartilhamento de prova, formulado por autoridade estrangeira (Procuradoria Geral da Federação da Rússia) no exercício de atividade investigatória, dirigido à congênere autoridade brasileira (Procuradoria Geral da República), que obteve a referida prova também no exercício de atividade investigatória extrajudicial.

O compartilhamento de prova é uma das mais características medidas de cooperação jurídica internacional, prevista nos acordos bilaterais e multilaterais que disciplinam a matéria, inclusive na "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional" (Convenção de Palermo), promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12.03.04, e na "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" (Convenção de Mérida), de 31.10.03, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31.01.06, de que a Federação da Rússia também é signatária. Consideradas essas circunstâncias, bem como o conteúdo e os limites próprios da competência prevista no art. 105, I, i da Constituição, a cooperação jurídica requerida não dependia de expedição de carta rogatória por autoridade judiciária da Federação da Rússia e, portanto, nem de exequatur ou de outra forma de intermediação do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, conseqüentemente, não foi usurpada." (STJ, Rcl 2645/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2009, DJe 16/12/2009) (grifo nosso)

No caso em questão, o Relator Min. Teori Albino Zavascki destacou em sua decisão:

“Não se tem notícia de realização de perícia nos *hard disks*, mas é importante realçar que a prova documental em exame já constava dos autos que tramitam perante este Juízo, pois foi produzida em razão de diligência de Busca e Apreensão determinada pela Justiça Federal brasileira em maio de 2006 nos autos sob n.º 2006.61.81.005118-0/Apenso VII, como salientado anteriormente, e NÃO DECORREU de pedido formulado por autoridade estrangeira, não sendo hipótese de juízo de delibação. Trata-se apenas de compartilhamento de prova legítima aqui produzida. (...) A Procuradoria Geral da República da Federação da Rússia está conduzindo, naquele país, investigações sobre possíveis ilícitos penais lá praticados pelo ora reclamante (...). Como providência investigatória, dirigiu à Procuradoria Geral da República do Brasil pedido de fornecimento de cópia *hard disk* do computador apreendido em poder do investigado em diligências promovida pela autoridade requerida, que também investiga a participação do mesmo cidadão em ilícitos praticados no Brasil. O pedido foi submetido à consideração do Juízo Federal ora reclamado, quando do oferecimento de denúncia para instauração de ação penal, por parte do Ministério Público Federal. Invocando os compromissos de cooperação jurídica (...) de que a Federação da Rússia também é signatária, o juiz deferiu o pedido.”

No caso da cooperação internacional ativa, deve-se questionar inicialmente se quem requer à autoridade central brasileira pode fazê-lo, além de ter acesso ao objeto do auxílio direto pretendido e, sendo esse talvez o grande tema, se deve ou não possuir prévia autorização judicial no Brasil para efetuar tal pedido à autoridade central brasileira<sup>49</sup>. O tema foi discutido no SS 2.382/SP.

O Ministério Público de São Paulo (MPSP) requereu aos EUA por meio do auxílio direto a quebra do sigilo bancário de uma entidade brasileira visando instruir um inquérito civil (sendo que também existia um processo penal). Logo, o pedido não foi encaminhado ao judiciário, mas à autoridade central brasileira que o remeteria à autoridade central norte-americana. A parte investigada impetrou mandado de segurança contra tal pedido de auxílio e a 1ª instância da justiça de São Paulo decidiu contra o uso do mesmo para a obtenção da prova, conforme consta no relatório do SS 2.382/SP no STJ (Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 27/09/2010):

“Pouco importa a denominação formal que veio a ser dada ao instrumento utilizado pelo Ministério Público para obtenção da quebra do sigilo bancário. O fato é que para 'transferência' de tal ato investigativo e por projeção da atribuição interna do órgão ministerial, mister se faria a prévia autorização judicial.

---

<sup>49</sup> No caso do Banestado, um processo no TRF 2 indica (transcrição da denúncia efetuada; TRF 2, HC 2007.02.01.003288-7, Juiz Federal Convocado Guilherme Calmon, julgado em 02/05/2007) que a autoridade policial requereu, previamente ao pedido de cooperação judicial, a autorização judicial para tanto.

Embora admirado o trabalho desenvolvido pelo ilustre Promotor de Justiça Dr. Saad Mazloum, a ausência de ratificação do Decreto avocado pelo ato tido por ilegal e necessidade da autorização judicial para a formulação do pedido impõem a procedência da pretensão inicial" (fl. 534/538).”

O TJSP manteve tal decisão, conforme consta no relatório do SS 2.382/SP (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 27/09/2010), e o STJ, inicialmente indicando a parte grifada do precedente acima transcrito (STJ, Rcl 2645/SP), manteve a decisão do TJSP. Todavia, o precedente citado se refere a cooperação passiva e não a ativa, o que resultou na revisão de tal decisão com base na doutrina do Min. Gílson Dipp acima transcrita:

“Com efeito, a cooperação jurídica internacional, na modalidade de auxílio direto, tem o caráter de solicitação, e o atendimento, ou não, desta depende da legislação do Estado requerido. Na espécie, a solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo foi dirigida à autoridade dos Estados Unidos da América do Norte. Nada importa, para esse efeito, o que a legislação brasileira dispõe a respeito. As investigações solicitadas serão realizadas, ou não, nos termos da legislação daquele País.” (STJ, AgRg no SS 2.382, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 28/10/2010).

Em decisão seguinte, o STJ mais uma vez reviu sua decisão anterior. Alegou que como o processo penal tinha sido anulado pela justiça, persistindo apenas o inquérito civil, não poderia este se valer de acordo em matéria penal para obter as informações pretendidas<sup>50</sup>. Porém, percebiam que o STJ não se insurgiu contra o eventual uso da mesma em processos que não fossem penais, ao contrário, autorizava o uso em inquérito civil.

O entendimento, portanto, é de que estando a prova sujeita a outra jurisdição, aplica-se a legislação da mesma e não a brasileira para sua obtenção. O tema, porém, é polêmico e delicado, em especial em relação a informações cobertas por sigilo no Brasil (como o bancário e o telefônico), pois alguns ainda consideram a necessidade de prévia autorização do judiciário brasileiro para a autoridade (e.g Ministério Público Federal) que efetuar tal pedido à autoridade central brasileira<sup>51</sup>. De qualquer forma, cabe à autoridade central brasileira conferir se a autoridade brasileira requerente possui

---

<sup>50</sup> “À vista da unidade do Ministério Público Estadual, o pedido de cooperação internacional estava justificado pelo trâmite da ação penal; afinal, a prova resultante do auxílio direto poderia ser aproveitada no processo penal. Anulado o processo penal, com a remessa dos respectivos autos à Justiça Federal, o pedido deve ser renovado, se for o caso, pelo Ministério Público Federal; o Ministério Público Estadual não pode sustentá-lo nos autos de inquérito civil, sob pena de se ampliar os termos de um acordo internacional restrito à eficácia da repressão penal.” (STJ, AgRg no AgRg na SS 2.382, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 23/09/2011).

<sup>51</sup> Cabe lembrar que no âmbito penal, para evitar questionamentos sobre a prova, o Ministério Público Federal tem requerido ao judiciário que as requeira novamente mediante carta rogatória.

competência e fundamentos suficientes para requerer a prova ou medida à outra autoridade central.

Por fim, o artigo 41 do novo Projeto de Lei do CPC prevê que o reconhecimento de decisões estrangeiras será cumprido por meio de carta rogatória ou ação de homologação, o que será objeto do próximo item.

#### **4) Homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.**

O termo sentença estrangeira compreende decisões emanadas por autoridades judiciais de outros países, decisões de autoridades não judiciais, mas com poderes para decidir sobre determinado tema tal como um órgão judicial<sup>52</sup>, e laudos arbitrais proferidos fora do Brasil (art. 914 do novo Projeto de Lei do CPC). O laudo arbitral proferido no país (*seat/sede* da arbitragem no Brasil), ainda que seja apresentado e/ou observe as normas de entidades arbitrais estrangeiras, é considerado uma sentença nacional<sup>53</sup>.

As decisões a serem homologadas podem ser apresentadas mediante carta rogatória ou a propositura de ação de homologação de sentença estrangeira perante o STJ, que poderá inclusive deferir pedidos de urgência (e homologar decisões da mesma natureza) e atos de execução provisória, devendo observar para tanto os seguintes requisitos (arts. 913 a 916 do novo Projeto de Lei do CPC) – requeridos atualmente:

- a) ser proferida por autoridade competente (não precisa ser judicial, devendo-se respeitar a organização administrativa e judicial do país de origem);
- b) ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia<sup>54</sup>;
- c) ser eficaz no país em que foi proferida;
- d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial; e
- e) não haver manifesta ofensa à ordem pública.

---

<sup>52</sup> DE ARAUJO, Nadia (coordenação). Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça – Comentários à Resolução nº 9/2005. Renovar, 2010, p. 46/47. ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. Homologação de “Sentenças” Estrangeiras de Divórcio Consensual. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23935/Homologa%C3%A7%C3%A3o\\_Senten%C3%A7as\\_Estrangeiras.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23935/Homologa%C3%A7%C3%A3o_Senten%C3%A7as_Estrangeiras.pdf?sequence=3).

<sup>53</sup> STJ, REsp 1231554/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01/06/2011.

<sup>54</sup> “I - O requisito da citação válida ou revelia decretada restou devidamente cumprido, pois os então requeridos foram comprovadamente cientificados da ação, não promovendo impugnação, ou, sequer, comparecendo ao juízo. O próprio decisum foi intitulado “Sentença Declaratória à Revelia”. II - O feito caracterizou-se pela inexistência de litígio, comprovada, primeiramente, pelo não comparecimento dos ora requeridos ao processo e não impugnação do pleito, bem como pela anuência expressa ao conteúdo do decisum e conseqüente não interposição de recurso face a sentença que aqui se pretende homologar. III - A anuência dos ora requeridos em relação ao decidido pela sentença homologanda, além da não interposição de recurso, confere natureza jurídica equivalente à do trânsito em julgado, para os fins perseguidos no presente feito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (STJ, SEC 1304/US, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 03/03/2008)

Aconselha-se ainda esclarecer ao judiciário a razão do pedido de homologação da sentença estrangeira, ou seja, da necessidade da mesma produzir efeitos no país, para evitar o risco de decisões como a proferida em voto vista do Min. José Delgado na SEC 911/GB no STJ<sup>55</sup>, que tratava da homologação de sentença inglesa sobre uma patente depositada no Reino Unido (e aqui também, protegida pelo regime *pipeline*), onde o mesmo considerou a inexistência de qualquer interesse da parte que requereu a homologação sobre a finalidade da mesma no Brasil. A conclusão do Min. José Delgado foi de que “não há como se deferir pedido de homologação de sentença estrangeira quando nenhum efeito (quer declaratório, quer constitutivo) poderá produzir no Brasil”. Logicamente não era o caso, e tal posição não prevaleceu<sup>56</sup>.

Cabe destacar que o requisito para que uma sentença produza efeitos no país se relaciona com o fato de poder obrigar terceiros a cumprirem o disposto na mesma. Dessa forma, se uma sentença estrangeira for utilizada apenas como prova, como documento comprobatório de determinada alegação<sup>57</sup>, não é obrigatória a sua homologação<sup>58</sup>.

Sobre a carta rogatória, o novo Projeto de Lei do CPC prevê no inciso II do seu artigo 206 que a mesma será expedida “para que autoridade estrangeira pratique ato relativo a processo em curso perante órgão da jurisdição nacional”, com os artigos arts. 237 a 240 do novo Projeto de Lei do CPC disciplinando a mesma, que poderá ter como objeto, entre outros, a citação e intimação, a produção de provas, medidas de urgência e a execução de decisões estrangeiras.

Cabe ressaltar que o STJ alterou<sup>59</sup> a posição clássica do STF<sup>60</sup>, que também a vinha flexibilizando, em limitar a concessão do *exequatur*. No STF, enquanto os atos

---

<sup>55</sup> STJ, SEC .911/GB, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13/08/2007.

<sup>56</sup> “(...) impõe-se destacar que como a patente brasileira do Viagra é patente de revalidação ou confirmação da patente inglesa, pelo regime de pipeline, a Requerente tem interesse em ver homologada a sentença que obteve nas cortes inglesas, para que gere efeitos em nosso país. Ora, a hipótese torna inequívoca a eficácia dessa decisão no Brasil, cuja operabilidade depende de homologação. É que a sentença estrangeira deve ser homologada quando no Brasil tiver que produzir eficácia ou ser executável. A eficácia prejudicial da sentença estrangeira em litígio a ser travado no Brasil depende de sua homologação. (...) A homologação da sentença que deslegitima patente estrangeira da qual derivou o ato de propriedade industrial nacional revela a necessidade de nacionalização da sentença alienígena a ser utilizada *ad futurum*, na forma do artigos 469, III e 470 do CPC, verificados os requisitos formais exigíveis.” (STJ, SEC .911/GB, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13/08/2007) Trecho do voto-vista do Min. Luiz Fux.

<sup>57</sup> TIBÚRCIO, Carmen. Op. cit., p. 205.

<sup>58</sup> DE ARAUJO, Nadia (coordenação). Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça – Comentários à Resolução nº 9/2005. Op. cit., p. 45. “A sentença estrangeira não homologada pelo STJ, ainda que sem eficácia dentro do âmbito nacional, pode ter depoimentos e relatos, contidos no seu bojo, utilizados como prova emprestada, observada a autenticação consular e a tradução juramentada.” (TRF 2, AC 200351015125864, Rel. Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, DJ 30/01/2009)

<sup>59</sup> “3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pautava-se no sentido da impossibilidade de concessão de *exequatur* para atos executórios e de constrição não-homologados por sentença estrangeira.

ordinatórios ou de comunicação pessoal em geral eram concedidos, os instrutórios para a coleta de provas no passado sofriam mais restrições (e.g. a quebra do sigilo bancário não era concedida), enquanto os executórios ou de caráter restritivo eram ainda mais limitados<sup>61</sup>, requerendo a sua homologação.

A Resolução nº 9/2005 do STJ prevê em seu artigo 7º que as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios, ou seja, inclui decisões interlocutórias ou até mesmo as concedidas em caráter liminar<sup>62</sup>. Ainda assim, por exemplo, o bloqueio de contas bancárias é um tema delicado para o judiciário. A doutrina questiona, e muito, a atuação do mesmo no tema. Alega-se que suas decisões são extremamente ultrapassadas e que o Brasil pouco coopera com os demais Estados.

Parece ser nesse contexto, portanto, a ausência do requisito do trânsito em julgado da decisão para a sua homologação (art. 916 do novo Projeto de Lei do CPC), como ao contrário consta no inciso III do artigo 5º da Resolução nº 9/2005 do STJ, além da indicação expressa de decisões interlocutórias e medidas de urgências como passíveis de homologação (art. 914, parágrafo 1º e art. 915 do novo Projeto de Lei do CPC).

Outra inclusão interessante é a possibilidade de homologação de decisões estrangeiras para fins de execução fiscal, se prevista em tratado ou promessa de reciprocidade (parágrafo 4º do art. 914 do novo Projeto de Lei do CPC), seguindo a evolução dos temas fiscais também serem cada vez mais objeto de cooperação entre os Estados.

Ratificando o indicado acima, é possível a homologação parcial de sentenças estrangeiras, com as decisões estrangeiras sobre matérias de competência exclusiva do judiciário brasileiro não sendo passíveis de homologação (art. 917 do novo Projeto de Lei do CPC).

---

(...) 5. A Resolução 9/STJ, em 4 de maio de 2005, dispõe, em seu artigo 7º, que "as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios". (...) 10. Princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional. 11. Concessão integral do exequatur à carta rogatória." (STJ, CR 438/BE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24/09/2007)

<sup>60</sup> "O pedido não comporta deferimento. A quebra de sigilo bancário bem como o bloqueio de contas, dependem, no Brasil, de sentença que os decreta. Deste modo, chega-se à conclusão de que as medidas em comento não poderão ser desde logo executadas, sem que antes se proceda à homologação, na jurisdição brasileira, da sentença estrangeira que as tenham determinado. Ademais, como se sabe, o pedido constante da rogatória jamais poderá ter caráter executório, ficando circunscrita a atos de instrução, como citações, intimações, inquirições, etc." (STF, CR 7154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 17/11/1995) Trecho do parecer da PGR.

<sup>61</sup> DE ARAUJO, Nadia (coordenação). Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça – Comentários à Resolução nº 9/2005. Op. cit., p. 75.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 79 a 81.

A execução da sentença homologada será efetuada na justiça federal competente, conforme as normas para o cumprimento de uma sentença nacional (art. 918 do novo Projeto de Lei do CPC).

## 5) Conclusão.

No âmbito internacional, em decorrência da crescente importância da cooperação internacional, a doutrina reivindica uma maior atuação do Estado brasileiro. Nesse contexto, nos últimos anos os três poderes da União passaram a ver com outros olhos o tema, priorizando decisões mais flexíveis, a assinatura de novos acordos internacionais e a elaboração de anteprojetos visando a alteração ou criação de leis sobre o tema.

A reforma do Código de Processo Civil brasileiro representa a busca de um processo mais célere e eficiente, ao se reduzir as possibilidades de recursos, sem, porém, comprometer a justiça. A parte internacional do novo CPC tratada no presente trabalho considera a posição jurisprudencial mais recente sobre alguns temas e possui algumas disposições relevantes para aumentar a cooperação do Estado brasileiro com os demais, em especial no âmbito da homologação de sentença estrangeira, ao se possibilitar a homologação de decisões não definitivas por exemplo.

Todavia, algumas exclusões, como a do dispositivo referente a possibilidade de eleição de foro estrangeiro, vão em sentido contrário a tal objetivo. Nesse caso específico, se o objetivo é proteger os nacionais, que se altere a redação do dispositivo, mas não o exclua em detrimento de outros que terão mais segurança jurídica com o mesmo.

Sobre a cooperação internacional, as maiores discussões parecem estar no auxílio direto, em decorrência do tema ser relativamente novo para o país. Algumas decisões indicadas demonstraram um desconhecimento inicial sobre o mesmo.

Todavia, restou claro que o pedido efetuado por um Estado estrangeiro para outro por meio do auxílio direto não é uma decisão judicial encaminhada mediante carta rogatória para o seu eventual cumprimento por outro país, mas uma solicitação sobre determinado tema, que se sujeito a prévia autorização judicial no país em que for requerido, será objeto de um pedido judicial proposto não pelo Estado estrangeiro, mas, no caso brasileiro, pela AGU ou MPF, conforme a matéria seja civil ou penal.

Nesse ponto, percebam inclusive que se no passado o *exequatur*, independente das argumentações para tanto, não era concedido para a quebra de sigilo bancário, o mesmo não ocorreria em caso de solicitação mediante auxílio direto.

Caso, porém, não seja necessária a prévia autorização judicial, sendo, portanto, um mero pedido administrativo, deverá o mesmo ser cumprido pela própria autoridade central do país requerido.

Nesse contexto, apesar do presente trabalho tratar do novo CPC, foi essencial destacar as inúmeras decisões em âmbito penal que envolvem questões essenciais para o âmbito civil, como por exemplo a quebra do sigilo bancário, pois, por exemplo, em eventual disputa entre particulares sobre a administração de uma sociedade ou bens, a quebra do mesmo também pode vir a ser requerida.

Interessante ainda perceber as complexas relações que podem decorrer do uso de provas provenientes de auxílio direto, como restou claro nas ações penais e tributárias resultantes da CPI do Banestado.

Cabe portanto à doutrina e ao judiciário avaliarem esses possíveis reflexos da obtenção de tais provas (e dos procedimentos a serem observados em tal requisição), visando garantir a plena observância dos procedimentos e compromissos assumidos na cooperação judicial.

## **A MOROSIDADE E O GERENCIAMENTO DE PROCESSOS CÍVEIS: DA CRISE À INSTITUIÇÃO DA RAZOABILIDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA**

*Márcio de Sessa*

Advogado Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Graduado na Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

**Resumo:** O combate à morosidade processual tem se manifestado, em regra, pela reforma legislativa, afirmando-se que o excesso de recursos é responsável pela demora nos julgamentos. Por outro lado, de modo genérico afirma-se que os problemas estruturais também dão causa à prestação jurisdicional a destempo. No entanto, o presente trabalho visa demarcar a influência das unidades judiciárias, os cartórios, na prestação da justiça em nosso sistema.

**Abstract:** The struggle against judicial delay process has been manifested by legislative reform arguing that appeals excess are responsible for the trials delay. On the other hand, in general terms, the structural problems are also mentioned to explain the delays. However, this study aims to notice the influence of the judicial units, the notary, to guarantee the justice.

**Palavras-Chave:** Gerenciamento de processos; crise da morosidade, crise da justiça; cartórios; tempo e direito.

**Keywords:** Process management; the lengthy crisis, a crisis of justice, notary; time and right.

## **1. Temporalidades e direito.**

### **1.1. Tempo e Direito: Interações.**

As rotinas daqueles que atuam na esfera judiciária fornece uma percepção do tempo que, geralmente, o reduz aos sentimentos de pressa, urgência, demora e lentidão. O tempo dos conflitos sociais parece ser dissonante do tempo do judiciário, ocasionando pressão e desconforto nos sujeitos envolvidos. A questão temporal permeia a atividade jurídica de forma intrínseca, porém, costumeiramente o tempo é tratado apenas como a medição dos dias para a verificação e cumprimento dos prazos processuais; do mesmo modo, aguarda-se que o tempo passe (podendo ser percebido de modo devagar para uns e ligeiro para outros) até que se finde o processo. Cada qual tenta fazer o uso da temporalidade conforme a conveniência de seus interesses, para alguns, a lentidão é o próprio objeto da justiça e não a sua prestação institucional.

Seria, então, o tempo para o Direito esse sentimento de pressa, demora, contagem de prazos, impaciência, julgamento que atenda as expectativas de urgência? Indaga-se o porquê da demora para a prolação de uma sentença ou surpreende-se com sua publicação repentina. Como medir o tempo para dizer o quanto dele seria justo num processo? Como conceituá-lo? Qual o lugar do tempo no Judiciário e na razoável duração do processo? Seria a morosidade sintoma? Neste emaranhado de sentimentos, conveniências, finalidades, somos inebriados sem saber ao certo o que é o tempo e como se relaciona com o Direito, o que, de partida, acarreta-nos limitações para elaborar sobre a temporalidade judiciária.

Para enfrentar estas indagações, partimos da tese do jurista e filósofo francês François Ost<sup>1</sup> para definir as bases da relação entre tempo e Direito e lançar perspectiva mais abrangente da que se tem dado, comumente, ao princípio da razoável duração do processo. É, pois, uma abordagem e interpretação possível que, convém salientar, não esgotam o assunto.

A premissa do filósofo Ost se funda, também, na obra de Norbert Elias (Sobre o Tempo, 1998), na qual o tempo é definido para além da sua percepção objetiva, manifestada pelo mecanismo físico da própria natureza, quando observamos, por exemplo, a passagem dos dias, o perecimento dos seres e de objetos; e da percepção subjetiva, a experiência psíquica de quando sentimos o tempo em relação a algo e que, diante o mesmo intervalo, pode parecer uma eternidade ou uma fugacidade. Trata-se de transcender essas duas perspectivas para compreender que o tempo é uma instituição

---

<sup>1</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Elcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

social, um símbolo, “uma construção social e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”<sup>2</sup>.

(...) o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o aprendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico<sup>3</sup>.

Posto isso, portanto, o tempo é parte do próprio fenômeno social e não mero fio que desenrola sem afetar a constituição das coisas e das relações, mas, ao contrário, o tempo se institui no seio das relações para participar de sua “própria natureza”<sup>4</sup>. Liga-se inexoravelmente aos acontecimentos naturais e sociais, e como diz OST, não se restringe a tangenciar, por seu exterior – formal e vazio, mas é parte constituinte porque é processo de instituição social. Neste sentido, o decorrer do tempo constrói sua temporalização, o tempo se “temporaliza” socialmente e trata de interrogar a natureza frente ao seu tempo físico. É por isso que podemos tocar o tempo para “dá-lo, vendê-lo, comprá-lo, ganhá-lo, perdê-lo, passá-lo, matá-lo”<sup>5</sup>, etc.

De outro lado, se o decorrer do tempo firma a obra social que se institui, “a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções (...), o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade”<sup>6</sup>. Instituir o social, aqui, representa atar o laço social, uma espécie de amálgama comunitário, que segura e mesmo que separa, mas que mantém a sociedade enlaçada e redizendo seus valores, sentidos e destino. A instituição do social também se afigura aos indivíduos como uma oferta de símbolos necessários para a construção de sua identidade e para sua autonomia<sup>7</sup>.

Esta, pois, a perspectiva que se apresenta: a capacidade de instituir o social do Direito, de atar e referenciar os laços da vida em sociedade, instituindo, com a força do tempo, as marcas para os indivíduos e para a própria sociedade. Percebe-se, assim, que a troca de forças entre tempo e Direito são essenciais, a performance imbricada de ambos

---

<sup>2</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.12.

<sup>3</sup> Ibidem, p.12.

<sup>4</sup> Ibidem, p.12, 13.

<sup>5</sup> Ibidem, p.13.

<sup>6</sup> Ibidem, p.13.

<sup>7</sup> Ibidem, p.13.

nos mostra, na realidade, que se é a força do tempo que institui, é a força do direito que temporaliza, que constrói e define o laço social e a rede de trocas simbólicas da memória social. E Ost ressalta que:

(...) um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui<sup>8</sup>.

O potencial deste laço entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade, seguindo o raciocínio de Ost, demonstra a insuficiência da concepção (positivista) que trata o tempo, em relação ao direito e ao processo, como algo secundário e marginal à essência do rito processual, destinado tão somente a contabilizar os dias passados e os dias futuros, cumprir prazos e aguardar que seu desenrolar cumpra sua função por si só, como se o tempo fosse algo em si e dissociado da constituição da realidade e do processo. Contudo, para além do que a visão positivista (que nos influencia) pode apreender é que tempo e Direito estabelecem uma relação dialética que restabelece ao tempo o lugar de força instituinte e necessária do jurídico<sup>9</sup>.

Trata-se, então, de uma dialética profunda e não de relações superficiais que se ligam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito antes desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível “dizer o direito” senão “dando o tempo”; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito<sup>10</sup>.

O tempo da prestação jurisdicional, portanto, não se afeiçoa somente ao sentimento de razoabilidade do cronograma judicial para a satisfação dos interesses postos no litígio, mas vincula-se, sobretudo, na necessidade de tempo para se dizer o direito e se aproximar da justiça, na permissão de maturar o entendimento sobre a controvérsia para a adequada aplicação e interpretação da norma jurídica. É o próprio direito ao tempo. Neste sentido, a sentença de Ost nos é interessante (inclusive para

---

<sup>8</sup> Ibidem, p.13.

<sup>9</sup> Ibidem, p.14.

<sup>10</sup> Ibidem, p.14.

pensar o conceito de jurisdição): “não é possível dizer o direito senão dando o tempo”<sup>11</sup>, e que pode ser pensada também pelo seu inverso: dando o tempo se diz o direito. São as forças conjugadas entre a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do Direito, que indagam sobre as possibilidades desse fecundo relacionamento<sup>12</sup>.

Contudo, essa relação entre tempo e direito é uma luta constante a favor da “temporalização social do tempo e pela instituição jurídica da sociedade”<sup>13</sup>, uma forma de buscar a regeneração da sociedade (umas das finalidades do processo judicial) quando abalada pelos litígios sociais e, no entanto, uma obra frágil, sempre ameaçada pela “destemporalização: a saída do tempo comum instituinte”<sup>14</sup>. Há, portanto, que se observar que essa luta é constante e é travada contra formas de destemporalização que nos atingem socialmente (e individualmente). Para Ost, são no mínimo quatro formas principais que afetam nossa sociedade: a nostalgia da eternidade por sua negação do caráter finito da vida, a recusa da mudança e, logo, da mortalidade; a vertigem da entropia, cujo abandono ao curso do tempo físico conduz tudo à destruição, ou, quanto mais se passa o tempo mais a desordem se instala; a tentação do determinismo, marcado pelo pensamento único, pela lógica de mercado e consumo, que indicam um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo, sem lugar para rupturas, mudanças e alternativas; e por fim, o risco da discronia diante uma sociedade de tempos plurais em que, se não forem criados mecanismos que coordenem esses ritmos (embreagem para as diferentes velocidades), impera a discronia e a desintegração do social<sup>15</sup>. Estas formas de destemporalização nos tiram o poder instituinte de um projeto que conjugue passado e futuro e nos aprisiona num eterno momento presente, pobre de construção de sentidos e significados.

Eternidade, entropia, determinismo, “discronia”: quatro patologias temporais, quatro desregramentos da medida, quatro quedas para alguém de um tempo instituído e significativo, quatro regressões ao estado de natureza – este estado pré-social no qual prevalecem o medo e a violência, sem um mínimo de confiança e de cooperação. Face a essa desordem sempre ameaçadora, o que o direito pode opor?<sup>16</sup>

Diante este contexto social em que forças de destemporalização agem sobre a vida social, sobretudo neste momento histórico caracterizado pela hipermodernidade, é que a “instituição jurídica de um tempo social portador de sentido assume toda sua

---

<sup>11</sup> Ibidem, p.12.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Ibidem, p.15.

<sup>15</sup> Ibidem, p.15,16.

<sup>16</sup> Ibidem, p.38.

acuidade”<sup>17</sup>. Pode o direito opor às patologias temporais a instituição jurídica de um tempo criador e neguentrópico, capaz de reorganizar, reequilibrar e regenerar o tecido social e, em especial, de cuidar ao Judiciário de ver, nesta perspectiva, as destemporalizações que o acometem em seu sistema de distribuição de justiça e que podem ser causas, também, da morosidade processual. Isso para retomar uma temporalidade judiciária dotada do princípio norteador da razoável duração do processo: constituí-lo, pois, enquanto eixo instituinte e temporalizador do Poder Judiciário. E sobre este tempo social portador de sentido, Ost afirma:

Uma instituição que, a nosso ver, é tanto ruptura quanto ligação. É preciso acentuá-lo claramente: é só apenas num segundo momento que as forças instituintes irão moldar-se nas formas instituídas que elas mesmas hão de requisitar, mais cedo ou mais tarde, que sejam desinstituídas por novos modelos instituintes. O Tempo criador neguentrópico é marcado por esse ritmo feito de ligação e desligamento, de continuidade e de ruptura. Contra a tendência regressiva da eternização, é preciso fazer valer o tempo desligado da mudança, mas, contra irreversibilidade mortífera da mudança física, é preciso tentar a ligação cultural entre o passado e o futuro, a fecundação reflexiva do projeto pela experiência e pela revitalização do dado pelo possível. Contra as lentidões do determinismo histórico, é preciso abrir as brechas da iniciativa e da alternativa, mas, ao encontro das temporalidades abertas de sociedades hiperindividualistas, é preciso imaginar mecanismos de concordância dos tempos.<sup>18</sup>

Se por um lado as formas de destemporalização afligem a vida social, fazendo escorrer o tempo comum instituinte para dar lugar ao caos e a desintegração social, por outro, o desafio de poder que se (im)põe para enfrentar a destemporalização e afirmar a capacidade instituidora do tempo do Direito nos remete ao ligar e desligar o passado, prometer e questionar o futuro. Trata-se de reinterpretar de forma voluntária o tempo e de imprimir-lhe um sentido humano em função dos valores visados e que se expressam em performativos jurídicos: o fazer existir do que enuncia. É, pois, uma resistência de memória contra a tendência natural do esquecimento. Uma necessidade de instituição jurídica de um tempo próprio que exercite, no esforço de memória, o perdão e, no esforço de construção futura, o questionamento da promessa<sup>19</sup>. Nesse quadrante temporal, Ost trabalha as relações dialógicas entre passado e futuro, cuja articulação somente pode ocorrer no tempo presente para recuperar a capacidade de projetos de sociedade dotados de sentidos e significados.

Do lado do passado: a memória e o perdão; lado do futuro: a promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro,

---

<sup>17</sup> Ibidem, p.16.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Ibidem, p.42.

uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se libera de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos comprometimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação faz a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança.<sup>20</sup>

De início, para se opor às quedas temporais, há que se recuperar o valor da *memória* e da *promessa* para apontar caminhos e tempos juridicamente instituídos que (re)equilibrem dimensões da vida social, como, por ex., o tempo judiciário. Há, de outro lado, que se oferecer o *perdão* e o *questionamento* para atar na realidade esses laços criadores de poder neguentrópico: para o passado (*memória*), convém o desligamento do perdão; para o futuro (*promessa*), a adequação proporcionada pelo questionamento. Porém, essas categorias de *memória*, *perdão*, *promessa* e *questionamento* não são estanques e nem se comunicam isoladamente, mas se engendram reciprocamente: no questionamento há muito de perdão sobre as incertezas da promessa e muito de fidelidade à promessa; no perdão existe muito da memória (que se escolhe) e na memória existe muito do esquecimento do perdão (que se escolhe abandonar)<sup>21</sup>. Sobre isto, convém citar a explicação de Ost:

(...) a dialética temporal de que aqui se trata opera-se no presente, o presente sendo a tarefa cega de todas as operações de ligação e de desligamento do tempo, de memorização e de futurição. (...) enfim, (...) não é suficiente dizer que memória, perdão, promessa, e questionamento estão comprometidos nas relações dialéticas, como se tratasse de dimensões religadas, mas, todavia, ainda separadas. É preciso ir mais longe e mostrar que é no próprio seio de cada uma delas que a dialética opera: há muito de esquecimento na memória e muito de memória no perdão; do mesmo modo, há muito de indeterminação na promessa e muito de fidelidade na revisão. Não existe uma das figuras temporais que reencontraremos que não ofereça, no mais delicado de seus mecanismos, uma exemplificação desta tensão fecunda entre constância e inovação<sup>22</sup>.

Neste desafio temporalizador, a morosidade do sistema de justiça constitui o enfrentamento necessário do Judiciário na recuperação ou, seria melhor dizer, na retemporalização de um tempo judiciário razoável em sua constituição, enquanto eixo instituinte do próprio Poder. Caso em que tem a seu favor o privilégio do longo prazo na definição de políticas públicas (para além das reformas processuais) que dêem conta de

---

<sup>20</sup> Ibidem, p.17.

<sup>21</sup> Ibidem, p.18

<sup>22</sup> Idem.

satisfazer as necessidades sociais com a adequada prestação do serviço público de distribuição e acesso à justiça. Neste sentido, segundo Delmas, é dado ao Estado o benefício do longo prazo (que o mercado não tem) e da projeção do futuro para prover a duração e a solidariedade social, acompanhando as mutações e impedindo que o tecido social se rasgue<sup>23</sup>.

Do mesmo modo, ao Estado, por seu Judiciário em cooperação com os demais Poderes, é necessário retomar as rédeas da produção e distribuição de Justiça contra o abandono e a entropia temporal que o afeta para, diante o enfrentamento com o poder econômico, impor ao conjunto da sociedade a sua construção temporal de um tempo judiciário razoável na prestação do serviço; ou, ao menos, diante a complexidade de interesses envolvidos, comandar essa construção temporal. Este, pois, no dizeres de Ost apud Sue, o efetivo exercício de poder: “Quem for apto a impor aos outros componentes sociais sua construção temporal é o verdadeiro detentor do poder”<sup>24</sup>.

Neste sentido, a construção do princípio da razoável duração do processo na retemporalização do tempo judiciário apresenta possibilidade inédita a partir da Emenda 45. Contudo, sua elaboração deve transcender as questões meramente processuais para dar lugar a uma visão sistêmica e orgânica sobre o processamento e distribuição da justiça. E sobre isso há que se perguntar: a promessa do novo Código de Processo Civil é capaz de instituir uma nova temporalidade judiciária em consonância com o norte da razoável duração do processo? Quais as incertezas dessa promessa diante a crise da justiça? Quais questionamentos se colocam nessa trajetória?

Antes, pois, necessário fazer uma breve incursão sobre o tempo do ritual judiciário e sobre a temporalidade hipermoderna de nossos dias para compor o quadro temporal que se pretende.

## 1.2. Tempo e processo: o tempo do ritual Judiciário.

Como visto, o tempo é um símbolo social, resultado de um longo processo de aprendizagem<sup>25</sup>, que designa a “relação que um grupo de seres vivos dotados de capacidade biológica e de síntese que se estabelece entre dois ou mais processos, um dos quais é padronizado para servir aos outros como quadro de referência e padrão de medida”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> OST, 2005, op.cit., p.36 apud Delmas, P. **Le maître des horloges**. Paris, Odile Jacob, 1991.

<sup>24</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.25.

<sup>25</sup> ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro. D. Jorge Zahar, 1998, p.05.

<sup>26</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. 1ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008, p.11.

Esse resultado histórico sobre o conceito e os mecanismos de medição do tempo permitiu que o tempo social adquirisse certa autonomia em relação ao tempo da natureza, porém, não se desvencilhou porque são tempos que se relacionam inerentes um ao outro. O relógio, portanto, serve de instrumento para, com sua marcação, captar fenômenos (a duração de um dia, a velocidade de um corredor) e orientar os homens; servem, também, para comparar dois ou mais fenômenos que não podem ser cotejados diretamente, como dois discursos proferidos sucessivamente<sup>27</sup>.

Com o desenvolvimento dos instrumentos de medição do tempo fabricados pelo homem, a determinação do tempo social ganhou autonomia, certamente, em relação ao tempo físico. A relação entre as duas tornou-se indireta, mas nunca foi totalmente rompida, porquanto não pode sê-lo.<sup>28</sup>

Isso tudo em razão da vida em sociedade estabelecer a necessidade de marcação do tempo para definir processos sociais em comum e mesmo confrontá-los. As sucessões de acontecimentos sociais e físicos, sua trajetória e sua percepção humana, encontram na idéia de *tempo* o lugar de transferência das imagens mnêmicas (memória) de um indivíduo para outro, aonde se estabelece uma experiência e uma percepção/determinação do tempo, cujo resultado é a sua instituição temporal<sup>29</sup>.

Neste sentido, o processo jurídico se aperfeiçoou como o percurso destacado e ritualizado de um tempo distinto, recriado, não cotidiano, para acolher os conflitos sociais e ampará-los numa perspectiva que garanta, por um lado, o enquadramento da ilicitude praticada, e por outro, a garantia de defesa daquele que desequilibrou as relações sociais; permite o desenvolvimento dos efeitos performativos e instituintes do julgamento: os efeitos jurídicos: (a condenação, a absolvição, etc) e os efeitos sociais (apaziguamento do conflito social)<sup>30</sup>.

Não a toa que ao processo judicial são definidos *ritos* diferentes conforme a complexidade ou a matéria da causa (rito ordinário, sumário, especiais, etc.). O rito aqui se apresenta como o percurso dotado de ritos de passagem e de tempos próprios e instituidores de direitos para reorganizar o conflito e lhe dar direção: “trata de uma prática social que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza, condimento da angústia do não-previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro. D. Jorge Zahar, 1998, p.08.

<sup>28</sup> Ibidem, p.16.

<sup>29</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. 1ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008, p.12,13.

<sup>30</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.14.

<sup>31</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. 1ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008, p.42.

Importante observar a especificidade deste ritual. Somente o tempo instituído pelo Direito ao processo é válido e produz efeitos jurídicos e sociais, nenhum outro pode substituí-lo, tanto que a própria linguagem é carregada de seus próprios significados e conceitos, sendo, inclusive, umas das principais formas mnêmicas de transferência para com o outro no processo e na dimensão social do conflito. Spengler afirma que, justamente por isso, o processo é um ritual que “carrega consigo um repertório de palavras, gestos, fórmulas, discursos, de tempos, e locais consagrados, destinados justamente a acolher o conflito. (...) uma fórmula (escrita ou não), de tratar o conflito, consensuada entre todos os integrantes do grupo, ou seja, institucionalizada por eles”<sup>32</sup>.

E neste sentido, quanto aos limites que encerram o processo, Cruz e Tucci bem observa que “as peculiaridades da linguagem processual valem, apenas, no âmbito de um ordenamento legal específico e dentro de um lapso de tempo bem definido”<sup>33</sup>. O processo, portanto, para a sociedade e para o direito é bem delimitado: sabe-se o seu começo e o seu fim. E é somente neste espaço-tempo que sua simbologia e linguagem podem agir e agem com a exclusividade que lhes foi outorgada para que, ao final, a função de coação em decidir seja exercida pela Jurisdição-Estado. O poder do Estado, neste aspecto, é sentido por todos: o tempo diferido e ritualizado do processo não pode ser reproduzido, e isso se deve ao princípio da autoridade da coisa julgada, que impede, em regra, que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um caso já decidido por ela. Sendo, pois, o tempo do processo um tempo que não se repete, que não se reproduz, um tempo único, então<sup>34</sup>.

Do mesmo modo, se o processo é um tempo único, não reproduzível, quanto ao seu correspondente de espaço podemos afirmar que o processo é um *lugar único*, aonde se realizam finalidades distintas, porém, conexas e interdependentes. De um lado, como já dito, busca-se a verdade numa história de um caso que a lei prevê como ilícito/crime, enquadra-se uma conduta de forma objetiva na lei, ainda que, com o decorrer do rito, o enquadramento objetivo ceda espaço à matéria litigiosa, à produção probatória, ao liame subjetivo do enredo, à matéria viva do litígio que não deve se solidificar no início do processo. Do outro, a garantia de defesa do acusado, da observância do contraditório e da ampla defesa, que os meios de refutar a objetividade primeira da lei sejam garantidos e que suas razões ganhem juridicidade. Ambas as perspectivas “existem uma em função da outra, e não uma contra a outra”, neste entrelaçamento se funda a legitimação da jurisdição que, ao final, com sua força coatora, pode *dizer o direito*<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ibidem, p.41,42.

<sup>33</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e Processo. 1ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p.42.

<sup>34</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. 1ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008, p.43.

<sup>35</sup> Ibidem, p.43,44.

O destemperamento social dá causa ao processo, esse tempo diferido e ritualizado. O conflito quando surge, ou quando se revela, rompe teias sociais, desequilibra relações, apresenta consequências em várias dimensões da vida. Surge, então, a necessidade de regeneração da sociedade, ou melhor, de regeneração dos laços sociais rompidos ou afetados; a necessidade de uma resposta jurídico-social dos sentidos e destinos da sociedade. Regenerar a vida social, este é o sentido do tempo judiciário. Uma luta, portanto, contra o abandono, ofertando a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir e redizer o conflito numa representação dramática em que é possível agir, refutar a corrosão temporal e afirmar a capacidade regeneradora do direito<sup>36</sup>. E sobre isso Spengler diz:

Observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna. Integra o passado num presente eterno. Contra a corrupção do tempo, o Direito afirma a sua inesgotável capacidade de auto-regeneração, de sublimação do caráter finito da história. Portanto, a luta contra o abandono trazendo a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir sem ser afetado pelo tempo<sup>37</sup>.

De igual modo, Ost nos afirma a capacidade neguentrópica e criadora do direito através do processo, um caminho para regenerar o equilíbrio social afetado e de retomar à paz social. Vejamos:

Ao redramatizar em seu tempo próprio a cena do conflito, o processo mobiliza o tempo social fundador que se destacou da desordem inicial; ao representar o crime em formas e em uma linguagem socializada, o processo não se limita a repetir o passado; ao redizê-lo, antes, ele o regenera. Um tempo neguentrópico e criador revela-se, assim, a condição do retorno à paz social<sup>38</sup>.

O tempo do processo, portanto, é o tempo diferido para recontar o conflito social e reconstruir o equilíbrio originalmente afetado. Uma luta contra o abandono para afirmar seu poder regenerador e instituinte da ordem social; um confronto com a corrupção do tempo para recriar a história, recuperar os laços, revelar sua força neguentrópica perante a sociedade.

No entanto, diante a morosidade, o processo (tempo e espaço diferidos) trata de ampliar e potencializar o conflito, o que lhe causa a deturpação de sua própria

---

<sup>36</sup> Ibidem, p.43,44.

<sup>37</sup> Ibidem, p.45.

<sup>38</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.15.

finalidade. O tempo processual que escapa da razoabilidade torna o processo lugar comum, com pouca diferenciação ao tempo da realidade cotidiana. Agravam-se os conflitos sociais, portanto, e o processo se esvazia dos sentidos de que é dotado.

E nessa luta por retemporalização, questões se nos colocam: qual o prazo razoável para essas reconstruções e essa busca pela afirmação neguentropica para que a dramatização e o ritual do tempo diferido sejam efetivos na regeneração dos laços sociais? Como mensurar objetivamente a instituição social do processo para dizer o que é razoável? Diferenciá-lo nas diferentes demandas e complexidades? Quais os fatores que influem no tempo processual e distorcem sua relação com o direito? Qual a influência do tempo e do contexto dessa sociedade hipermoderna no ritual do judiciário? Como enfrentar essas questões numa outra perspectiva que não, somente, a de reformas processuais? Qual a *destemporalização* que o tempo do Judiciário sofre para se ver diante a crise da morosidade?

Importante, portanto, trazermos à tona a influência temporal da hipermodernidade e os conflitos engendrados pela diferença de temporalidades sociais e o tempo do processo.

### **1.3. Tempos Hipermodernos.**

Para melhor compreendermos o tempo histórico que nos atinge neste início de novo milênio e assim perceber qual a temporalidade, ou temporalidades, que nos afetam no contexto social e que, de forma direta e indireta, influenciam o Poder Judiciário (e a própria judicialização de demandas), importante adentrarmos ao conceito de *hipermodernidade*, formulado por Gilles Lipovetsky em sua obra *Os Tempos Hipermodernos*, 2004, com a colaboração de Charles Sebastien.

O autor trata do mundo ocidental, apresenta uma elaboração universal e nos permite pensar a inserção do Brasil e a influência que sofre. Contudo, este não é o mote da presente monografia e ainda que a história brasileira apresente peculiaridades, inclusive pelos atrasos históricos que convivemos (além disso, há que se observar que o Brasil esteve sob um regime militar por vinte anos, iniciando a redemocratização em meados da década de 1980), somos influenciados cada vez mais por esta temporalidade *hiper*; sobretudo na última década, quando o consumo aumentou, a internet e novas tecnologias se popularizaram, o país se inseriu com maior volume no mercado internacional, instituições sociais perderam influência, como escolas e partidos políticos, etc. Esta influência, ainda que com ressalvas e diferenças, interessa-nos para pensar a temporalidade social e jurisdicional.

Para Lipovetsky a pós-modernidade foi mobilizada no início dos anos 70 para designar o abalo dos alicerces absolutos da racionalidade e o fracasso das grandes

ideologias da história, o futuro era menos carregado de expectativas, vivíamos uma temporalidade fortemente marcada pelo precário e pelo efêmero, com horizontes mais curtos no lugar de visões entusiásticas do progresso, do mesmo modo que a derrocada das construções voluntaristas do futuro, fundadas em projeções idealizadas e grandes utopias futuristas, cediam lugar ao passo largo da crescente vitória e consolidação do consumismo centrado na vida presente; a *pós-modernidade* abria um período que indicava uma “temporalidade social inédita, marcada pela primazia do aqui agora”<sup>39</sup>.

Na elucidação do caráter de transição da pós-modernidade, Lipovetsky realça o fator de reorganização e mudança de direção das sociedades democráticas avançadas com a nova temporalidade social que se abria com e para o consumismo. Nota-se que era um novo tempo histórico que se iniciava:

O neologismo pós-moderno tinha um mérito: salientar uma mudança de direção, uma reorganização em profundidade do modo de funcionamento social e cultural das sociedades democráticas avançadas. Rápida expansão do consumo e da comunicação de massa; enfraquecimento das normas autoritárias e disciplinares; surto de individualização; consagração do hedonismo e do psicologismo; perda da fé no futuro revolucionário; descontentamento com as paixões políticas e as militâncias era mesmo preciso dar um nome à enorme transformação que se desenrolava no palco das sociedades abastadas, livres do peso das grandes utopias futuristas da primeira modernidade<sup>40</sup>.

Esse tempo pós-moderno encontrava seu fundamento teórico nos pilares da modernidade para demonstrar que o mundo havia mudado. O sistema de pesos e contrapesos cedia lugar para um horizonte histórico desprovido dos contra-pesos, de alternativas de sociedade, de polarização de pensamento e de posições. Como disse Lipovetsky, esse mundo acabou.

Longe de decretar-se o óbito da modernidade, assiste-se a seu remate, concretizando-se no liberalismo globalizado, na mercantilização quase generalizada dos modos de vida, na exploração da razão instrumental até a "morte" desta, numa individualização galopante. Até então, a modernidade funcionava enquadrada ou entravada por todo um conjunto de contrapesos, contra-modelos e contra-valores. O espírito de tradição perdurava em diversos grupos sociais: a divisão dos papéis sexuais permanecia estruturalmente desigual; a Igreja conservava forte ascendência sobre as consciências; os partidos revolucionários prometiam outra sociedade, liberta do capitalismo e da luta de classes; o ideal de

---

<sup>39</sup> LIPOVETSKY, Gilles; Charles, Sébastien. **Tempos Hipermodernos**: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. Tradução de Mario Vilela. São Paulo. Ed. Barcarolla, 2004, p.51.

<sup>40</sup> Ibidem, p.52.

Nação legitimava o sacrifício supremo dos indivíduos; o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica. Não estamos mais naquele mundo.<sup>41</sup>

Há, portanto, um elemento central: o discurso da pós-modernidade mantinha seu olhar para o passado, como referência, para afirmar suas conquistas novas, seu tempo novo. Esse olhar para o passado, afirmou Lipovetsky, era “como se se tratasse de preservar uma liberdade nova, conquistada no rastro da dissolução dos enquadramentos sociais, políticos e ideológicos. Donde seu sucesso”<sup>42</sup>. Percebe-se, aí, a força desintegrada das instituições sociais que, até então, conservavam em grande medida a função de organização da vida social. A dissolução dos enquadramentos sociais dava espaço ao individualismo da nova era.

Contudo, para construir seu conceito de hipermoderno, Lipovetsky trata de demonstrar que os significados da pós-modernidade que serviram para explicar o mundo por certo período não o são mais capazes de fazê-lo; esgotou-se a capacidade da pós-modernidade de anunciar o mundo novo porque este já se consumou. Neste espaço-tempo de abertura do novo, de desintegração da modernidade, viveu-se “um breve momento de redução das pressões e imposições sociais”<sup>43</sup>. Passada essa fase de transição, uma nova temporalidade social se impôs, “triunfam a tecnologia genética, globalização liberal e os direitos humanos”<sup>44</sup>, no entanto, ressurgem pressões sociais diante esse novo tempo centrado no hoje e desprovido de contra-pesos. “O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão *cool* do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras”<sup>45</sup>.

A temporalidade social que se impôs veio carregada pelo ímpeto técnico-científico, de modernização desenfreada, desregulamentação econômica, mercantilização proliferativa, rapidez, de “uma sensação de fuga para adiante”<sup>46</sup>, e igualmente de promessas e de perigos. Enquanto a pós-modernidade se instaurava, a hipermodernidade era gestada.

(...) Hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – o que mais não é hiper? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa? (...) Tudo foi muito rápido: a coruja de Minerva anunciava o nascimento do pósmoderno no momento mesmo em que se esboçava a hipermodernização do mundo<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Ibidem, p.53,54.

<sup>42</sup> Ibidem, p.53.

<sup>43</sup> Ibidem, p.52.

<sup>44</sup> Ibidem, p.52.

<sup>45</sup> Ibidem, p.52.

<sup>46</sup> Ibidem, p.53.

<sup>47</sup> Ibidem, p.53.

Diferentemente do pós-moderno que se fez com o olhar em oposição ao passado moderno, a hiper-modernidade não encontra para si elementos que a façam se construir em oposição ao discurso precedente; pelo contrário, as limitações vivenciadas pela transição pós-moderna não mais se apresentam (ainda que elementos pertencentes ao modernismo ainda existam e tenham validade social, acabam por sucumbir ao poder de desregulamentação e desinstitucionalização mais recentes). O que se vislumbra na hipermodernidade é a elevação do poder revelado na pós-modernidade. Segundo Lipovetsky:

A sociedade que se apresenta é aquela na qual as forças de oposição à modernidade democrática, liberal e individualista não são mais estruturantes; na qual periclitaram os grandes objetivos alternativos; na qual a-modernização não mais encontra resistências organizacionais e ideológicas de fundo. Nem todos os elementos pré-modernos se volatizaram, mas mesmo eles funcionam segundo uma lógica moderna, desinstitucionalizada, sem regulação. Até as classes e as culturas de classes se todam em benefício do princípio da individualidade autônoma. O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo. Eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior! o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada<sup>48</sup>.

E neste sentido, acentua Lipovetsky o caráter integrador desta nova fase da modernidade hiper: o passado não é mais empecilho, mas se torna a própria premissa que se eleva e se desdobra sem necessidade de negação:

A modernidade da qual estamos saindo era negadora; a super-modernidade é integradora. Não mais a destruição do passado, e sim sua reintegração, sua reformulação no quadro das lógicas modernas do mercado, do consumo e da individualidade. Quando até o não-moderno revela a primazia do eu e funciona segundo um processo pós-tradicional, quando a cultura do passado não é mais obstáculo à modernização individualista e mercantil, surge uma fase nova da modernidade. Do pós ao hiper: a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um momento de curta duração<sup>49</sup>.

Aceleração, extremos e excessos são características deste novo momento hiper. Tudo se eleva ao máximo: operações econômicas, investimentos em capitais, o

---

<sup>48</sup> Ibidem, p.54.

<sup>49</sup> Ibidem, p.57.

consumo desenfreado, a lógica da obsolescência, o tempo quase real, ou real, de muitas transações e relações, o desenvolvimento tecnológico avassalador, shopping centers, a maximização dos ganhos na economia e em diversas dimensões da vida, vigilância extrema, etc, em suma: é preciso sempre mais. De um lado, a maximização da vida social, o gerenciamento para ganhos cada vez maiores, e de outro, da vida pessoal: o consumismo, o fanatismo de várias ordens e a proliferação de patologias pelo individualismo exacerbado. Alternância entre ordem e desordem se faz sentir, dependência subjetiva e independência, dissonância social e individual são presentes<sup>50</sup>. Lipovetsky traduz da seguinte forma:

Até os comportamentos individuais são pegos na engrenagem do extremo, do que são prova o frenesi consumista, o doping, os esportes radicais, os assassinos em série, as bulimias e anorexias, a obesidade, as compulsões e vícios. (...)O hipercapitalismo se faz acompanhar de um hiperindividualismo distanciado, regulador de si mesmo, mas ora prudente e calculista, ora desregrado, desequilibrado e caótico. No universo funcional da técnica, acumulam-se os comportamentos disfuncionais. (...) O hiperindividualismo coincide não apenas com a internalização do modelo do *homo oeconomicus* que persegue a maximização de seus ganhos na maioria das esferas da vida (escola, sexualidade, procriação, religião, política, sindicalismo), mas também com a desestruturação de antigas formas de regulação social dos comportamentos, junto a uma maré montante de patologias, distúrbios e excessos comportamentais. Por meio de suas operações de normatização técnica e desligação social, a era hiper-moderna produz num só movimento a ordem e a desordem, a independência e a dependência subjetiva, a moderação e a imoderação. A primeira modernidade era extrema por causa do ideológico-político; a que chega o é aquém do político, pela via da tecnologia, da mídia, da economia, do urbanismo, do consumo, das patologias individuais<sup>51</sup>.

No aspecto psicológico, interessante acentuar o caráter de urgência de viver o agora. A satisfação das necessidades, sobretudo as de consumidor, empunhada pela crescente novidade de bens e serviços que aceleram o tempo *do* viver, são marcas deste momento hiper e que demonstram uma lógica perversa de funcionamento de um sistema pragmático e angustiante, aonde o fetichismo mercantilista torna tudo ultrapassado rapidamente e o novo sempre está por vir<sup>52</sup>. O tempo do indivíduo e do social é afetado, portanto, pela urgência e pela contínua ansiedade. Vejamos a citação literal:

---

<sup>50</sup> Ibidem, p.55,56.

<sup>51</sup> Ibidem, p.55,56.

<sup>52</sup> EWALD, Ariane P.; MANCEBO, Deise; UZIEL, Anna; Prestrelo, Eleonora T. **Possibilidades identitárias**: discussões na hipermodernidade. Rio de Janeiro. Estudos e Pesquisas em Psicologia, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2º semestre de 2006, editorial, p.01, disponível em <http://www.revvispsi.uerj.br/v6n2/artigos/pdf/v6n2a01.pdf>

É o homem da hipermodernidade, das imensas megalópoles, onde ele desaparecerá anonimamente, acumulador incansável de produtos até o limite da impossibilidade de usufruir dos mesmos. É também o homem que revela os aspectos contraditórios desta nova lógica de vida e que serão fonte de imensa angústia, diluída ao sabor de medicamentos. Uma delas, deriva do fato de que este homem precisa satisfazer as suas necessidades de “consumidor” cada vez com mais rapidez e avidez, já que o novo é sempre o que virá e tudo parece obedecer a uma perversa e angustiante lógica de “obsolescência programada”. Preso numa lógica que não o tranquiliza nunca, numa contínua e permanente busca do que ainda não existe para adquirir e dela se descartar rapidamente, ele se torna cada vez mais intolerante à frustração. “Muito tudo, agora” (...) poderia ser perfeitamente seu mote revelador desta urgência de viver com a máxima intensidade tudo (...)<sup>53</sup>.

Como visto, o presente assume importância extrema, talvez seja esta a radicalidade deste momento hiper: a intensidade que se pretende viver o agora com a fragilidade dos laços com o passado e com o futuro. O tempo se torna um problema, diante tantas oportunidades e necessidades sente-se a escassez temporal. Surgem, portanto, conflitos a partir da temporalidade que cultua o presente e que cria temporalidades diferentes. Tudo é urgente, nada deve ser esperado. O tempo, de início, é posto como um problema. Sua importância e necessidade para temporalizar a instituição do social são relegadas. A praticidade e o pragmatismo ganham espaços nos discursos de mudança. O tempo sofre uma imensa desregulação e individualização<sup>54</sup>, são os perigos de destemporalização, “a saída do tempo como instituinte”<sup>55</sup> contra os quais o tempo social terá que se fazer valer<sup>56</sup>. Nos dizeres de Lipovetsky, vivemos no “reinado da urgência”, numa “sociedade-moda, completamente reestruturada pelas técnicas do efêmero, da renovação e da sedução permanentes”<sup>57</sup>.

Essa temporalidade instaurada nas últimas décadas tem gerado conflitos. No tocante ao judiciário podemos senti-los diante as urgências impositivas da dinâmica social em contraponto ao tempo diferido do processo. De um lado, em especial, os atores sociais mais diretamente imersos no capitalismo mundial que se referenciam no tempo real, da simultaneidade, no custo-benefício, riscos e expectativas de ganhos em relação ao tempo de duração dos procedimentos; do outro, o tempo diferido do processo judicial, que busca outras garantias e finalidades, “encarado como sinônimo de

---

<sup>53</sup> Ibidem, p.03.

<sup>54</sup> LIPOVETSKY, Gilles; Charles, Sébastien. **Tempos Hipermodernos**: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. Tradução de Mario Vilela. São Paulo. Ed. Barcarolla, 2004, p.58.

<sup>55</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.15

<sup>56</sup> Ibidem, p.25.

<sup>57</sup> LIPOVETSKY, Gilles; Charles, Sébastien. **Tempos Hipermodernos**: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. Tradução de Mario Vilela. São Paulo. Ed. Barcarolla, 2004, p.77;59.

segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade (...), impede a realização de julgamentos precipitados sem distanciamento”<sup>58</sup> do conflito social.

Para José Eduardo Faria, “o judiciário foi estruturado para operar sob a égide da legislação processual, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, valores, procedimentos decisórios e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada”<sup>59</sup>. Eis uma das tensões que se instauram no seio do judiciário e que contribuem para sua crise.

No entanto, a morosidade é a própria destemporalização que retira do processo o seu caráter de tempo diferido, deslocando-o para o lugar de uso conveniente. Alguns atores sociais utilizam da morosidade do processo (e não do processo); para outros, que buscam a justiça, o processo encarna a própria expressão da entropia, que tudo leva ao caos. De qualquer forma, o conflito entre o tempo social e o tempo do processo permanece, seja pela própria finalidade de acolher o conflito, seja pela patologia que o desvirtua.

Há que se balizar, portanto, o tempo social a que estamos afetos neste início de século para poder olhar para o tempo do processo num contexto maior, num campo de influência que a todos atinge individualmente e coletivamente, por nossas instituições que representam e também organizam a vida em sociedade. E disso a Justiça não escapa, as transformações sociais nos desafiam a todo instante e o anseio coletivo por uma prestação jurisdicional adequada, com garantias, segurança e tempestiva se nos impõem como resultado histórico. A lucidez histórica nos é necessária para pensar as interações entre tempo e direito e processo. Isso porque as lutas contra as forças que destemporalizam a prestação jurisdicional deverão ser travadas para afirmar a razoável duração do processo enquanto eixo instituinte e temporalizador do Poder Judiciário na distribuição da justiça.

Por fim, a crise da morosidade tem outros elementos, como a seguir veremos.

#### **1.4. Panorama da Crise da Justiça Brasileira.**

De longa data conhecemos essa expressão de *crise do judiciário*, *crise da morosidade processual*, etc. Tentativas já foram empreendidas para superar essa crise que afeta a distribuição da justiça e que se caracteriza, especialmente, pela intempestividade da prestação jurisdicional, pelas diferenças no acesso à justiça e pelo conflito de Poderes do Estado. Tal situação lança o Judiciário e seus atores no

---

<sup>58</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.38.

<sup>59</sup> Ibidem, p.38.

descrédito e demonstra as dificuldades do desenvolvimento institucional com consequências para o desenvolvimento do país.

Seu auge ocorreu em 2004, quando a reforma do judiciário veio pela Emenda 45, gerando ampla discussão e polêmica. Na época, Maria Tereza Sadek afirmou que a força da tradição da Instituição Judiciária sucumbiria às inovações em curso, o que alteraria o seu perfil<sup>60</sup>. Assim o foi e hoje temos já consolidados os órgãos externos de controle, Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos e a previsão, alçada a garantia constitucional, da razoável duração do processo no art. 5º da Constituição Federal.

Essa foi a primeira grande resposta para a questão/desafio da celeridade processual. Recentemente tivemos outra investida contra a morosidade do processo: a proposta de um novo Código de Processo Civil. São estes os dois principais marcos simbólicos e históricos no enfrentamento da questão e percebe-se, de início, que o caminho adotado para oferecer respostas ao problema foi o da reforma legislativa-processual. Isso vem desde meados da década de 90, quando as primeiras reformas processuais foram empreendidas, iniciando com a precisão da tutela antecipada e, daí em diante, outras reformas vieram e aperfeiçoaram o procedimento; no entanto, não conseguiram reduzir de modo significativo a tensão institucional e social quanto à crise da morosidade. A questão posta é se somente as reformas processuais, depois das várias experiências, dão conta da demanda institucional e social para prestar o serviço de distribuição de justiça. Devemos, ainda que de modo breve, recuperar as principais causas que geram a crise para elaborar a razoável duração do processo enquanto o eixo instituinte e temporalizador do Poder Judiciário na distribuição de justiça para além da dimensão processual apenas.

Para José Eduardo Faria a crise da justiça “se traduz pela ineficiência com que o Judiciário desempenha três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica”<sup>61</sup>. A primeira diz respeito ao serviço essencial de resolução de conflitos, o que, como vimos, carrega a capacidade e a força de regeneração da vida social por seu tempo diferido e ritualizado, próprio do Judiciário. A função política é acentuada pela divisão dos poderes, pelo poder conferido de controle social para coagir no cumprimento de deveres e obrigações, que assegura a integração da sociedade e reforça as estruturas de poder. Já o poder simbólico é responsável por disseminar os sentidos de equidade e justiça na vida social, alimenta o imaginário com significados que organizam sentidos

---

<sup>60</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.79.

<sup>61</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.24.

sociais, integra os laços de interpretação da ordem jurídica para os atores sociais e consegue exprimir padrões de legitimidade na vida política<sup>62</sup>.

Sadek demarca a dupla face do Poder judiciário: o de Poder do Estado e a função institucional de prestação de serviços para distribuição da justiça. A Constituição de 1988 conferiu poder político ao Judiciário, conferindo-lhe capacidade de agir politicamente para questionar, paralisar políticas e atos administrativos aprovados pelos outros poderes, Legislativo e Executivo, bem como determinar medidas de forma independente, sem a vontade dos outros dois poderes. Ademais, a Constituição de 1988 enfatizou os direitos sociais, veio carregada pelos valores da redemocratização e elevou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo, aproximou o Direito e a política e adotou o princípio da separação e independência dos poderes.<sup>63</sup>

Contudo, o modelo adotado e que se funda na clássica separação dos poderes, lançou o Poder Judiciário na difícil tarefa de exercer a mediação política entre os outros dois poderes, posto que exerça o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos. De um lado, a Carta Magna fortaleceu o Legislativo no papel de fiscalização e controle sobre o Executivo, de outro, outorgou ao Executivo o poder de legislar através de medidas provisórias. Restou ao Judiciário, portanto, o papel de guardião da Constituição Federal através do controle de constitucionalidade. Por estas razões que a Constituição Federal de 1988 alçou o Judiciário para o centro da vida pública para exercer um papel de protagonista<sup>64</sup>. Todavia, tal modelo “estimula mais o conflito entre os diferentes ramos do que a cooperação”.<sup>65</sup>

Destas imbricações de nosso modelo constitucionalista surge a elaboração sobre a “judicialização da política”.<sup>66</sup> Cabe ao Judiciário, muitas vezes, enquadrar o Executivo para obrigá-lo a oferecer serviços públicos garantidos na Carta Magna. Contudo, o contexto da responsabilidade fiscal e “racionalidade sistêmica” da economia (argumentos do Executivo) lançam ao Judiciário a acusação de *judicialização da política* ao invadir áreas que não são, ou não seriam, de sua alçada, aumentando e multiplicando as tensões no âmbito governamental<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.79.

<sup>64</sup> Ibidem, p.80.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.27-32; SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.84,85.

<sup>67</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.28.

Para José Eduardo Faria, o fenômeno da judicialização da política encontra fundamento na economia globalizada que gera ao Estado a incapacidade de controlar, disciplinar e regular o ritmo intenso de transações comerciais e suas consequências, posto que os instrumentos normativos de nosso ordenamento jurídico possuem frágeis vínculos com a realidade contemporânea, em especial por ser resultante de um sistema romano.<sup>68</sup> Ademais, como visto, o contexto da hipermodernidade desregula a temporalidade social, gera conflitos nas instituições e o descompasso entre as temporalidades do Estado e do mercado, cujas necessidades e finalidades chocam e tensionam: a temporalidade do Estado é influenciada, porém, difere do reinado da urgência que impera no mercado e sua força consumista.

Diante esse conflito, pressões conjunturais e contingências que lhe desafiam, o Executivo “é levado a tomar decisões em contradição com os interesses sociais vertidos em normas constitucionais, (...) legisla para coordenar, balizar e disciplinar o comportamento dos agentes produtivos, (...) muitas vezes ao arrepio da Constituição”.<sup>69</sup>

Nesta empreitada o resultado efetivo se mostra diametralmente oposto ao pretendido, um verdadeiro paradoxo: quanto mais o Executivo utiliza de sua outorga de legislar para disciplinar a economia, menos vê suas metas alcançadas e suas decisões acatadas. As medidas provisórias editadas pelo Executivo quebram a unidade lógica e a coerência conceitual do ordenamento jurídico, entrecruzam-se e criam intrincadas cadeias normativas. O resultado é a redução da certeza, da segurança jurídica e da eficácia da legislação, aumentando, por sua vez, o potencial de litígio.<sup>70</sup> As autoridades do Poder Executivo e do Estado são postos em cheque, porque lhes carece o poder instituinte do direito em virtude da (des)temporalização por normas frágeis, que não se fixam no ordenamento e são, depois, questionados no Judiciário (cuja incumbência, ao final, seja de desautorizar outro Poder de Estado; o que denota um circuito paradoxal).

O mesmo Estado que legisla desenfreadamente para estabilizar a moeda acaba provocando instabilidade legal. Com isso, não só acirra os conflitos, multiplica as tensões e encurta seu horizonte decisório, como também dificulta o cálculo racional entre os agentes produtivos, distorce a formação dos preços relativos e dissemina a insegurança no sistema econômico, levando cidadãos e empresas a bater à porta dos tribunais.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Ibidem, p.29.

<sup>69</sup> Ibidem, p.30.

<sup>70</sup> Ibidem, p.30.

<sup>71</sup> FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, 2003, p.14, disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduar\\_Faria.pdf](http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduar_Faria.pdf)> acessado em 10 de janeiro de 2011.

E diante este ordenamento instável e dado que somente ao Judiciário cabe a decisão final sobre a interpretação das normas com o julgamento de casos concretos, os juízes têm de assumir, na prática, um efetivo papel de Legislativo para definir o sentido e a finalidade da norma jurídica, oferecendo um norte à vida social. Para Faria, é a incapacidade do Legislativo e do Executivo em cumprir satisfatoriamente suas funções, sobretudo diante a crescente integração dos mercados que geram e aumentam a velocidade das demandas, inclusive para incorporar as inovações legais oriundas desse quadro, que ocasiona aos magistrados o aumento das possibilidades de escolha e decisões que *judicializam* a vida econômica<sup>72</sup>.

É a incapacidade desses dois poderes de formular uma ordem jurídica com unidade e coerência que leva o Judiciário a ter de decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações socioeconômicas, convertendo-se numa instituição “legislativamente” ativa. (...) Para a Justiça, suas decisões são formuladas com base nas premissas oferecidas pelo sistema político sob a forma de leis. Se essas premissas não são coerentes - porque a produção legislativa do Executivo é cada vez mais condicionada por suas respostas contingentes a mudanças econômicas -, os tribunais não podem ser responsabilizados por problemas que, do ponto de vista material, não são de sua alçada.<sup>73</sup>

Para Sadek as exigências da inserção no mercado internacional geram necessidades de ajustes econômicos, políticos, sociais e de toda infra-estrutura do país para sua adequação<sup>74</sup>. Esse quadro acentua os problemas decorrentes da dimensão política do Judiciário. “Assim, em um país com uma ampla agenda de reformas e que adote um modelo institucional que alarga o espaço político do Judiciário, (...) os problemas oriundos da dimensão políticas (...) tornam-se inevitáveis”.<sup>75</sup> Afirma, ainda, que a expansão do Poder Judiciário na arena pública pode ser confirmada pelo indicador clássico do processo de judicialização da política: o expressivo aumento das ações diretas de inconstitucionalidade. Noutra ponta, para dimensionar o processo de judicialização da política, as medidas liminares contras os outros dois Poderes de Estado dão conta de demonstrar o largo espectro de atuação do judiciário enquanto protagonista da vida pública, para além das ações diretas de inconstitucionalidade. Muitas vezes o Judiciário manda paralisar medidas provenientes do Executivo e do Legislativo, ou impõe resoluções, o que provoca reações e demonstra a conflituosidade do modelo<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.31.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.85.

<sup>75</sup> Ibidem, p.85.

<sup>76</sup> Ibidem, p.85.

A tensão institucional entre os poderes pode levar a uma erosão dos valores precípuos do Legislativo e do Executivo, no mesmo passo, o Judiciário sofre com a acusação de extrapolar de seus poderes. Faria se refere a esse conflito como “desdiferenciação” de papéis, competências e prerrogativas entre os três poderes de Estado e a classifica como anomia jurídica, situação-limite da confusão de funções<sup>77</sup>.

Neste sentido que José Eduardo Faria afirma que:

No sistema político, as decisões judiciais lentas e incoerentes fomentam “crises de governabilidade”. No sistema econômico, a incapacidade judicial de confirmação de expectativas de direito torna-se fator de disseminação de insegurança no mundo dos negócios e de multiplicação de custos indiretos, com impacto negativo no desempenho das empresas, na proteção legal de créditos e no estabelecimento das providências a serem tomadas no caso da impossibilidade de sua cobrança, na definição das propriedades materiais e intelectuais e na própria qualidade das políticas macroeconômicas.<sup>78</sup>

No âmbito institucional podemos perceber que a crise do judiciário se revela diante a necessidade de intervenção do magistrado para dirimir questões sobre as quais os outros dois poderes deveriam - por si só - corresponder à função, competência e prerrogativas que lhes competem. Neste quadro, o magistrado é convocado a decidir desde a obrigação de o Executivo fornecer medicamentos a um indivíduo, até a declaração de (in)constitucionalidade de leis e atos questionados pelas autoridades legitimadas, cujo resultado pode ter proporções enormes.

Contudo, o modelo constitucionalista, com essa alta carga de conflituosidade, não pode ser considerado um problema em si, o poder outorgado ao Judiciário de dizer, em última instância, a constitucionalidade das normas, garante a estabilidade necessária ao próprio desenvolvimento e amadurecimento do sistema legal, permitindo que o diálogo e a cooperação entre os Poderes possam ser exercidos e aperfeiçoados com o tempo. Ademais, é de se esperar que a conflituosidade de um sistema novo, como o outorgado na Carta Magna de 1988, tenha dificuldades e estranhamentos iniciais.

Quanto à crise do judiciário em relação à sua faceta de prestação de serviço público de distribuição de justiça, há que se ver, inicialmente, que o crescimento da demanda por Justiça no Brasil, afirma Sadek, está altamente relacionada às taxas de industrialização e de urbanização, cujo aumento do potencial de conflitos também aumenta a probabilidade de litígios judiciais. Entretanto, esse exercício de cidadania

---

<sup>77</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005, p.33.

<sup>78</sup> Ibidem, p.34.

depende da consciência dos direitos e da credibilidade, da máquina judiciária. Contudo, o Brasil passou por uma rápida e contínua industrialização e urbanização, a partir de 1930, mas cujo potencial de litigiosidade judicial foi contido pelo período do regime militar, de 1964 a 1984, quando o exercício dos direitos e o acesso à justiça foram represados.<sup>79</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, cujo texto é essencialmente programático, marcado pela redemocratização e pelo constitucionalismo que inseriu o Judiciário no centro da arena pública, os direitos e deveres individuais e coletivos aparecem antes mesmo da organização do Estado.<sup>80</sup> O acesso à Justiça recebeu especial atenção, tornando-se garantia fundamental: toda lesão ou ameaça a direito serão apreciadas pelo Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º). A constituinte de 1988 representou um ponto de inflexão para a sociedade brasileira, alterando profundamente o perfil do Poder do Judiciário, que passou a se apresentar cada vez mais fortemente na vida pública e, noutra dimensão, a premissa do acesso à justiça foi assumida pela constituinte.<sup>81</sup> Ademais, “o advento dos direitos difusos e coletivos também contribuiu para o aumento da complexidade dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário”.<sup>82</sup>

Desde então, a demanda pelo serviço público de justiça aumentou vertiginosamente. A série histórica de 1990 a 2002 demonstra esse crescimento exponencial: enquanto a população brasileira aumentou 20%, o número de processos entrados na justiça aumentou 270%, o que revela um serviço público com extraordinária procura<sup>83</sup>. Essa demanda crescente, frente a uma instituição que pouco se modernizou, causou um déficit gradativo de processos entrados e processos julgados<sup>84</sup>. Isso causou o congestionamento da justiça com a formação de um resíduo de processos à espera da prestação jurisdicional; esse acúmulo foi denominado de “taxa de congestionamento”, conforme os relatórios “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça que assim o definiu:

(...) cabe destacar que o indicador “taxa de congestionamento” pretende medir se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as

---

<sup>79</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.86.

<sup>80</sup> Ibidem, p.80.

<sup>81</sup> Ibidem, p.81.

<sup>82</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.12.

<sup>83</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.87.

<sup>84</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.12.

novas demandas e os casos pendentes de períodos anteriores são finalizados ao longo do ano<sup>85</sup>.

Esta taxa de congestionamento vem apresentando estabilidade percentual desde 2004, contudo, seus índices são altíssimos e bem retratam a crise da justiça brasileira para gerir o contingente de processos que aumenta devido ao acesso à justiça, porém, que não se verifica com a presteza necessária ao jurisdicionado, atingindo a razoável celeridade de prestação.

O relatório do CNJ, *Justiça em Números 2009*<sup>86</sup>, aponta que o índice global da taxa de congestionamento da justiça brasileira é de 71%, sendo a Justiça Estadual a maior responsável, com 73%; e a Justiça do Trabalho, como destaque de melhor média, com 49%<sup>87</sup>.

Ainda que esses índices globais escondam as diferenças estaduais e regionais, sobre as quais se recomenda a leitura do relatório do CNJ<sup>88</sup>, que, por exemplo, apresenta os seguintes números: a Justiça Estadual de São Paulo apresenta índice de congestionamento, na Fase de Conhecimento do 1º grau, de 70,3%; enquanto o Piauí tem a maior taxa, de 86,9%; e o Amapá a menor, 16,9%), podemos verificar que as reformas processuais, a despeito do objetivo de oferecer celeridade à prestação jurisdicional, atingiram outro princípio constitucional: o do acesso à justiça.

Além das demais determinantes que influem no acesso à justiça, podemos observar que, ao passo que o procedimento foi simplificado, a demanda judicial aumentou e o tempo da prestação de justiça também, trata-se, agora, de gerir este enorme contingente litigioso de modo a garantir a qualidade da justiça<sup>89</sup>.

Os números do congestionamento do judiciário são alarmantes, sintomas de um sistema de justiça que não suporta a demanda social que lhe é entregue. Para Paulo Eduardo Alves da Silva, ao analisar a “crise da justiça”, a tendência dessa crise é aumentar, o que demonstra o paradoxo a que estamos submetidos: “o amplo e efetivo

---

<sup>85</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2009: Panorama do Judiciário Brasileiro*. Brasília, 2010, p.16;178.

<sup>86</sup> Nota do autor: o Relatório da Justiça em Números 2010 não apresenta disparidades relevantes com os dados aqui apresentados com base no Relatório de 2009, mantendo-se a mesma tendência, em especial sobre as taxas de congestionamento. Portanto, os dados mais atuais não modificam a linha de raciocínio e argumentos aqui apresentados a partir dos Relatórios de 2009.

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2009: Justiça Estadual*, 2010, p.233.

<sup>89</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial*. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.11.

acesso à justiça é um objetivo promovido e perseguido por um Estado que não tem condições de suportá-lo”<sup>90</sup>. E continua:

Complementarmente, a legislação processual, madura e sofisticada, parece não proporcionar, sozinha, o ideal de acesso efetivo à justiça. As características da sociedade contemporânea favorecem o aumento do volume e complexidade das demandas judiciais e o Estado, de seu turno, não dispõe de estrutura judiciária adequada para dar vazão ao número crescente de litígios. Com mais demandas e menos estrutura judicial, a chamada “crise da justiça” tende a aumentar.<sup>91</sup>

Basta observarmos a carga de trabalho a que o magistrado de 2º grau da Justiça Federal é submetido: em 2009, segundo o relatório do CNJ, a média de processos em andamento por magistrados era de 11.247 processos<sup>92</sup>. Novamente a média esconde as disparidades das regiões, contudo, a 2ª região da Justiça Federal obteve a carga de trabalho de aproximadamente 4.950 processos por magistrado de 2º grau; as demais regiões apresentam as cargas entre 8.900 a 17.300 processos por magistrado<sup>93</sup>, quantidade que, aliada a taxa de congestionamento, aponta para a manutenção da crise do judiciário e de sua morosidade.

Neste sentido, o custo da manutenção do sistema de justiça também apresenta números interessantes. Apenas a título de exemplo, no Tribunal Regional da 3ª Região, em 2009 cada processo novo custou cerca de R\$ 1.760,00 (um mil setecentos e sessenta reais); cada servidor cerca de R\$ 157.100,00 (cento e cinquenta e sete mil e cem reais); e cada magistrado aproximadamente R\$ 3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil reais)<sup>94</sup>; porém, difícil explicar esses valores altos, o que exatamente os compõe, em especial o custo de um magistrado.

Ainda assim, comumente ouvimos dizer que estrutura do judiciário é umas das principais razões que fomentam sua crise de não suportar a demanda que lhe chega, posto que falem juízes, servidores e o orçamento seja insuficiente, etc. No entanto, em relação aos recursos humanos, a Justiça Federal gastou, em 2009, mais de 93% de seu orçamento em todas as regiões<sup>95</sup>. Já a Justiça Estadual gastou, em média, 89,3%, de seu orçamento, com variantes entre 79% e 99%<sup>96</sup>. Contudo, não podemos vincular a quantidade de servidores e juízes com a eficiência do serviço de justiça, assim fosse o judiciário brasileiro não teria expectativas mínimas de resolução de sua crise. Ademais, “estudos comparativos internacionais demonstram não haver correlação significativa

---

<sup>90</sup> Ibidem, p.10.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009: Panorama do Judiciário Brasileiro**. Brasília, 2010, p.36.

<sup>93</sup> Ibidem, p.37,38.

<sup>94</sup> Ibidem, p.20,21.

<sup>95</sup> Ibidem, p.23.

<sup>96</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009: Justiça Estadual**, 2010, p.16.

entre o número de juízes e a eficiência e a confiança da população no sistema judicial”<sup>97</sup>.

Outros fatores influem na eficiência do uso da máquina e dos recursos humanos. Podemos citar, como um dos principais, inclusive, o papel das execuções fiscais em nosso sistema de justiça. O relatório do CNJ sobre a Justiça brasileira trouxe dados relevantes sobre a relação da morosidade do sistema e as execuções fiscais: cerco de um terço dos processos em andamento na justiça brasileira são de execuções fiscais, o que equivale a cerca de 26,9 milhões de processos; a taxa de congestionamento, em específico, é de 90%, cerca de 20 pontos acima da média; a finalização dos processos é metade da média geral, a cada 100 execuções fiscais, apenas 14 foram finalizadas, enquanto a cada 100 processos, em média 29 foram finalizados. Vejamos:

Ainda no âmbito do leque de novidades desta edição do Justiça em Números, cabe mencionar o inédito retrato das execuções fiscais no Brasil, o qual revelou informações relevantes para a compreensão do aspecto da morosidade judicial brasileira. Dos 86,6 milhões de processos em tramitação na Justiça brasileira no ano de 2009, 26,9 milhões eram processos de execução fiscal, constituindo aproximadamente um terço do total. Vale destacar que 89% desses processos (ou seja, 23,9 milhões) tramitavam na Justiça Estadual, colaborando para congestionar esse ramo da Justiça. É importante mencionar que dos 50,5 milhões de processos pendentes da Justiça Estadual, aproximadamente 20,7 milhões, o equivalente a 41%, eram execuções fiscais.

Desconsiderando a fase de conhecimento e analisando-se apenas os processos que tramitavam na fase de execução<sup>50</sup> dos três ramos de Justiça, o montante de processos de execução fiscal se torna bem mais expressivo, já que representam 67%. Ressalte-se que, na Justiça Federal, também em fase de execução, o percentual de processos de execução fiscal alcançou 75% dos processos em andamento no exercício de 2009.

Os dados referentes à taxa de congestionamento de execução fiscal revelam um quadro preocupante. Em média, na Justiça brasileira, de cada cem processos em tramitação no ano de 2009, aproximadamente 29 foram finalizados no mesmo período. Já no caso das execuções fiscais, esse número cai para menos da metade, ou seja, de cem execuções fiscais em andamento no exercício de 2009, apenas quatorze foram finalizadas no mesmo ano. Tomando a Justiça Federal por base, os dados apontam que, enquanto a taxa de congestionamento geral foi de 69%, nos processos de execução fiscal esse valor sobe para 90%, uma diferença de 21 pontos percentuais<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.88.

<sup>98</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009: Panorama do Judiciário Brasileiro**. Brasília, 2010, p.181.

Como bem observado pelo CNJ, o combate à morosidade judicial passa, obrigatoriamente, por enfrentar esse nicho específico de demanda. Porém, há que se observar que, se de um lado as execuções fiscais movidas pelo Poder Executivo constituem fonte de entrave do sistema e da tramitação processual, por outro, as execuções que o Executivo sofre e se utiliza da mesma morosidade processual para “empurrar” os precatórios orçamentos adiantes, demarcam, novamente, o conflito de um Estado que se vê fragmentado e que se aliena da sua constituição harmônica, autônoma, independente, porém sistêmica. As execuções fiscais e os precatórios são gargalos que fomentam a morosidade processual e a própria “crise da Justiça” e que dependem essencialmente de outro Poder do Estado na cooperação para que se recupere a temporalidade judiciária enquanto expressão de regeneração social através da justiça tempestiva e com garantias.

Algumas ações, por parte do Judiciário, já foram tomadas para enfrentar as execuções fiscais, dentre elas, o Juizado Especial da Fazenda Pública, bem como o CNJ demonstra conhecimento sobre a relevância do problema em seu relatório de 2009:

A partir dos dados relativos às execuções fiscais, observa-se que o combate à morosidade judicial no Brasil deve envolver necessariamente o debate específico sobre a temática dos procedimentos de execução fiscal, já que o enfrentamento dessa questão tem potencial de solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira. O Conselho Nacional de Justiça tem estado atento a essa problemática e apoiado ações para o enfrentamento da questão, por exemplo, por meio de estudos que culminaram no fomento à criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública<sup>99</sup>.

Outros apontamentos poderiam ser feitos para demarcar os pilares da “crise do judiciário”, como a cultura da instituição que institui uma mentalidade que privilegia o abstrato em detrimento do compromisso com o real; ou a forma de recrutamento de seus servidores, a cargo da própria instituição. Contudo, esse perfil vem mudando e a corporação deixou de ser um corpo homogêneo, novas mentalidades apontam e forçam a inovação num Poder marcado pela força da tradição<sup>100</sup>. Essas mudanças podem apontar novas elaborações sobre o Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45/2004 veio carregada de uma nova força de mudança no perfil da instituição, a própria planificação de dados a partir de 2004 já fornece valioso instrumental de novas elaborações, sendo que, até então, o próprio Judiciário se desconhecia em números.

Neste cenário todo, impende ressaltar que a morosidade judicial se mostra como o principal fator de desencanto social, posto que a Justiça tarda e pode falhar. A

---

<sup>99</sup> Ibidem, p.182.

<sup>100</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.89.

prestação jurisdicional a destempo corroe a própria autoridade do Poder Judiciário e “afastam dos tribunais a maior parte da população”.<sup>101</sup> Nesse sentido, aliado ao custo de mover a máquina judiciária (outro fator que limita o acesso da população ao judiciário), largos setores de jurisdicionados pouco conhecem a esfera cível, mas conhecem, em especial, a esfera criminal<sup>102</sup>. O que demonstra, ainda assim, deficiências graves e setoriais do acesso à justiça.

Contudo, o principal da exposição deste tópico pode ser expresso pelo pensamento de Paulo Eduardo Alves da Silva, que suscita a delicada questão de saber se, diante os índices do CNJ aqui parcialmente apresentados, “o contraditório e a cognição judicial são exercidos com a profundidade e segurança pretendida pelo legislador processual”<sup>103</sup>. A sua impressão, e que aqui compartilhamos, sugere que os dados fornecidos sobre a Justiça brasileira “não cabem no modelo processual de formação jurídica vigentes. O modelo de ‘linha de produção’ da justiça do século XXI é completamente diverso do funcionamento artesanal do século XIX, quando a ciência processual foi concebida”.<sup>104</sup>

Por fim, apresentado o contexto da “crise da justiça” brasileira, elaborar políticas públicas sobre o princípio da razoável duração do processo passa pelas reformas legislativas, em especial por um novo código de processo civil que simplifique o procedimento; contudo, tal premissa, por sua exclusividade, não é suficiente para oferecer uma prestação de justiça em tempo e adequada. A razoável duração do processo não é uma oferta, ou melhor, um resultado que se busca pelo fim; mas é a causa (na gênese do processo) se vista com a capacidade de temporalizar o tempo judiciário e o tempo do processo enquanto eixo instituinte do sistema de justiça. Se partirmos dessa premissa, que altera o modo como percebemos e relacionamos tempo e Direito, a tempestividade será uma finalidade concretizada que se buscou desde o início e no conjunto do sistema de justiça, sendo, pois, parte de sua constituição.

Nessa luta pela retemporalização do tempo judiciário, há que se entender o funcionamento dos cartórios judiciais e o seu lugar na estrutura de poder do Judiciário para se pensar, e instituir, uma temporalidade judiciária razoável.

### **1.5. A problemática dos cartórios judiciais na estrutura de poder do Judiciário.**

A rigor, a função dos cartórios judiciais presume a garantia de continuidade do impulso jurisdicional para fazer o trâmite dos autos de acordo com a lei processual.

---

<sup>101</sup> Ibidem, p.86.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.14.

<sup>104</sup> Idem.

Pressupõe-se que o trâmite deva ser adequado tanto para garantir a tempestividade quanto o acesso à ordem jurídica justa<sup>105</sup> da prestação jurisdicional. No entanto, o desenvolvimento histórico da justiça brasileira, aliado com as mudanças da sociedade e das temporalidades sociais, tornou o trabalho dos cartórios sobrecarregados e prestados a destempo, muitas vezes impossibilitados sequer de cumprir os prazos processuais definidos em lei<sup>106</sup>.

Isso em razão da administração da justiça não ter acompanhado as mudanças sociais e tecnológicas dos últimos períodos. Ademais, diante a nova e crescente demanda inaugurada com a Constituição Federal/88, o próprio exercício da função cartorial não foi reformulado para se adequar aos tempos de exigência e pressão por celeridade. Neste sentido, a socióloga Maria Tereza Sadek afirma que o “principal problema do Judiciário não está na infra-estrutura física, mas sim na gestão”.<sup>107</sup> Explica, Sadek, que não há correlação entre a estrutura, entendida pelo material (computadores, carros, etc.) e recursos humanos (magistrados, servidores, etc.) com a lentidão no julgamento dos processos, ou seja, com a eficiência da prestação jurisdicional. Afirma a socióloga que é necessária uma gestão racionalizada dos recursos empregados na Justiça, dado que a maior parte do orçamento dos Tribunais é destinada aos recursos humanos. Sem uma administração interna e adequada, com planejamento e alocação racionalizada dos recursos, o Judiciário não escapa das taxas de congestionamento. Para isso, será necessário que esse novo paradigma de administração interna rompa com o modelo atual que é o mesmo desde a criação do poder Judiciário<sup>108</sup>.

Como visto, a influência da gestão cartorial sobre o processo produz forte impacto sobre a morosidade judicial, sendo fator determinante no índice global de congestionamento de 71%<sup>109</sup>. No entanto, em que pese à densidade do impacto dos cartórios no sistema de justiça, para Paulo Eduardo Alves da Silva, que em seu trabalho científico sobre cartórios judiciais no Estado de São Paulo, observou que os demais atores do Judiciário não enxergam e não conferem protagonismo aos cartórios judiciais, sendo, praticamente, *invisíveis*: o cartório não é visto e, muitas vezes, não se vê<sup>110</sup>. Invisível perante o Tribunal e o Legislativo e, por vezes, invisível perante si próprio, como veremos adiante. Isso sugere que o cartório, sua atividade e seus servidores são estranhos ao sistema de justiça, um sintoma de alienação da atividade concreta do

---

<sup>105</sup> WATANABE, Kazuo, et al. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>106</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.30.

<sup>107</sup> SADEK, Maria Tereza. **Entrevista** concedida em 30 de outubro de 2009, disponível em <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK\\_66415.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK_66415.shtml)>, p.01, acessada em 10 de dezembro de 2010.

<sup>108</sup> Ibidem, p.02.

<sup>109</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009: Panorama do Judiciário Brasileiro**. Brasília, 2010, p.178.

<sup>110</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.29.

exercício de distribuir justiça. Nos dizeres de Sadek, ao se referir à mentalidade do Poder Judiciário e sua preferência pela forma ao substantivo, a invisibilidade pode ser vista como umas das facetas do incentivo ao saber abstrato em detrimento do compromisso com o real<sup>111</sup>.

A despeito do impacto que provocam sobre a morosidade do processo, os cartórios judiciais não são vistos como “atores” do sistema de justiça. A exata medida da influência que os cartórios projetam sobre o acesso à justiça e a morosidade processual parece também não ser compreendida pelos demais atores. No sistema de justiça, os cartórios judiciais são, praticamente, “invisíveis”. Pelas informações levantadas, é possível sugerir que cartórios sejam “invisíveis” para o legislador, para o Tribunal e, inclusive, para os próprios funcionários.<sup>112</sup>

Para sustentar essa conclusão, Alves da Silva destaca três dados da pesquisa que merecem atenção: 1) a “jurisdição” exercida em cartório; 2) a “invisibilidade” dos cartórios perante o Tribunal e o legislador; 3) o destaque dado às tarefas burocráticas e aos relacionamentos pessoais<sup>113</sup>. A análise destes três fatores demonstra que a atividade dos cartórios é de natureza essencial ao sistema de justiça, sem que, contudo, seja reconhecido e alçado a este lugar na estrutura de poder do Judiciário.

A “jurisdição exercida em cartório” demonstra que o impacto dos cartórios no sistema de justiça extrapola a questão de processamento moroso/célere. Como salienta Alves da Silva, a intervenção realizada pelos cartórios atinge o aspecto material do exercício jurisdicional: “os funcionários de cartório são quem elabora um volume considerável de decisões judiciais”<sup>114</sup>. A prática não reconhecida oficialmente é amplamente difundida, sendo que, geralmente, um ou dois servidores são destacados para exercer essa função material da jurisdição para posterior ratificação do magistrado. Diante o volume dessas “preparações de decisões” ou “despacho em preto” (que por não serem reconhecidas e uniformizadas dependem da outorga desse poder em cada cartório e variam desde despachos corriqueiros até a preparação de sentenças), não se pode aferir o grau de rigor com que são analisadas antes da ratificação, mas os indícios levam a crer que a análise não seja tão rigorosa<sup>115</sup>. O Tribunal orienta que diretores e chefes de cartórios se limitem às funções administrativas, contudo, “é possível que o consentimento silencioso e descomprometido com essa prática seja mais nocivo que o reconhecimento, acompanhamento, organização e controle”<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p.89.

<sup>112</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.29.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Idem.

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.64.

Noutra ponta, o Tribunal é visto pelos servidores enquanto uma entidade abstrata e distante, com forte hierarquização e rigidez, com diálogo praticamente inexistente e que apenas aparece para cobrar o cumprimento de medidas consideradas descabidas, o que gera o sentimento de desrespeito. No entanto, ao Tribunal é conferida a responsabilidade última pela organização dos cartórios judiciais<sup>117</sup>. Percebe-se, pois, a fragilidade do elo entre as unidades responsáveis pelo trâmite processual das ações com o sistema de justiça, prevalecendo uma dissociação entre a elaboração teórica do direito, na dimensão do exercício da judicatura, e os mecanismos de processamento do sistema de justiça responsáveis por conferir concretude às garantias de prestação jurisdicional.

Neste mesmo sentido, Alves da Silva aponta que para os legisladores os cartórios judiciais também são *invisíveis*, sendo desconsiderados na elaboração dos procedimentos processuais, aonde os prazos previstos geralmente não se pautam na rotina do trâmite do processo, e, como resultado, não possui condições de serem cumpridos pelos funcionários<sup>118</sup>. Postura esta que demonstra que o legislador desconhece o vínculo entre a elaboração teórica do direito (lei) e a sua possibilidade de efetividade-concretização no processamento das demandas, em última instância, desconhece a atividade e a importância dos cartórios judiciais para o sistema de justiça e remete-nos, novamente, para a hipótese de, no sistema de justiça, os mecanismos de atividade prática, de fazer, saber-fazer, trabalho manual e artesanal (ainda que diante a crescente informatização) das rotinas cartoriais sejam alienados e alienantes, promovendo um possível sentimento de não pertencimento e de pouca importância.

Isso pode ser evidenciado quando, diante a reforma do judiciário com a Emenda 45/2004, o legislador não observou o impacto dos cartórios no sistema de justiça para incluí-los na reforma<sup>119</sup>. E, mesmo diante a crise da justiça, os servidores demonstram-se alheios ao debate e praticamente, talvez por isso, não tiveram representação política e institucional diante a reforma do judiciário. Neste sentido pode se pensar a *invisibilidade* do cartório perante os próprios funcionários<sup>120</sup>. A *invisibilidade*, portanto, traz significantes do não-visível, não-dito, não-ouvido, não-conhecido; de modo geral, podemos concluir que os cartórios representam um território pouco conhecido pelos atores do sistema de justiça.

De mesmo modo, na ausência de debate sobre a densidade do papel do cartório no sistema de justiça, a pauta de demanda dos funcionários se desloca para insatisfações de outras ordens, como a política de gestão de recursos humanos do Tribunal, os

---

<sup>117</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.29; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v.5, n. 24, jul. 2008.

<sup>118</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.29.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Ibidem, p.36.

relacionamentos pessoais entre os funcionários e os aspectos burocráticos da rotina em detrimento da efetiva resolução de conflitos e de políticas de gestão do cartório e gerenciamento dos processos. Esse deslocamento do caráter político para o pessoal se evidencia quando os funcionários questionam as minutas de decisões elaboradas em cartório não por sua legitimidade, mas pelo acréscimo de tarefas que ocasionam na rotina. Neste sentido, como observou o professor Paulo Eduardo Alves da Silva:

Diferentemente, a pauta de demandas dos funcionários gira em torno de insatisfações com a política de gestão de recursos humanos por parte do Tribunal e os aspectos mais valorizados ou criticados nos juízes e diretores estão, de alguma forma, ligados ao relacionamento pessoal que têm com os funcionários. Some-se a isso a importância conferida a tarefas burocráticas em detrimento de tarefas mais próximas da resolução efetiva dos conflitos, como as audiências. Em alguns cartórios, o fato dos funcionários elaborarem as minutas de decisões foi criticado não pelo aspecto de legitimidade envolvido, mas por representar uma tarefa extraordinária em sua pauta.<sup>121</sup>

A gravidade da situação dos cartórios judiciais, sua invisibilidade perante o Tribunal e o possível signifiicante de alienação que ocupa no sistema de justiça possa ser percebida com a sua não participação na elaboração e gestão de seus recursos humanos, orçamentários, materiais e tecnológicos, que são feitos pelo Tribunal. Ademais, foi observado não haver adequação entre funções e perfis e, em geral, apenas recentemente o Tribunal começou a oferecer cursos de aperfeiçoamento para diretores de cartório, porém não se conhece a extensão e o impacto de tal iniciativa. Quanto às praticas cartoriais, verificou-se que são transferidas pela tradição entre os servidores mais antigos aos servidores mais novos, sendo que a inovação depende essencialmente da criatividade e iniciativa dos diretores<sup>122</sup>.

Neste contexto, à evidência da “jurisdição exercida em cartório” e da “invisibilidade” dos cartórios perante o Tribunal e legisladores, o destaque dado pelos funcionários às tarefas burocráticas e aos relacionamentos pessoais se mostra coerente. Diante a extensão das funções cartoriais para o exercício material da jurisdição, ainda que oficiosamente e que demonstra uma confusão de papéis e funções, e do vácuo deixado pelo Tribunal e legisladores com a invisibilidade, a função política que integra o processamento das demandas, em consonância com a Constituição e as leis, se esvazia para dar lugar às questões mais literais do exercício do trâmite processual<sup>123</sup>. O empobrecimento do valor do trabalho cartorial faz com que os funcionários valorizem suas rotinas, pautas e relacionamentos pessoais para garantir um melhor ambiente de trabalho a mingua dos significantes que poderiam nortear o seu agir enquanto unidade sistêmica de um Poder do Estado.

---

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> Ibidem, p.30.

<sup>123</sup> Ibidem, p.36,37.

Para Alves da Silva, diante a elevada importância para os relacionamentos pessoais, diretores e juízes carregam expectativas dos funcionários como portadores da capacidade de estabelecer bons relacionamentos no ambiente de trabalho. Esta qualidade é considerada tão importante que se iguala, em grau, a “competência no trabalho” do Juiz. Para os funcionários, o magistrado tecer bons relacionamentos é tão importante quanto à sua competência técnica. De modo coerente, o pior defeito de um juiz para os funcionários não é a pouca competência técnica, que fica em segundo lugar, mas sim a “juizite”, entendido como arrogância, pedantismo e falta de educação<sup>124</sup>.

Os funcionários depositam muitas expectativas no relacionamento com diretores e juízes. A maioria (75,1%) declarou ser importante o juiz estar presente no dia-a-dia do cartório (média 3,62 em uma escala de zero a cinco). Por outro lado, sentem em concreto que o juiz nem sempre é presente no cotidiano do cartório: a média da avaliação acerca da presença física dos juízes foi 2,89. Na avaliação que fazem do papel do juiz, a “capacidade de estabelecer bom relacionamento com os funcionários” é uma qualidade considerada tão fundamental quanto a “competência no trabalho”: 66,3% dos funcionários indicaram ambas como mais importantes. No geral, essas duas qualidades foram muito enfatizadas em todos os segmentos etários e funcionais dos quatro cartórios. Coerentemente, o principal defeito de um juiz, apontado por todos os entrevistados, seria o que chamam de “juizite” (pedantismo, arrogância, falta de tato e de educação com os funcionários): 79,3%. Em segundo, mas um tanto distante, está a incompetência: 23,9%. Ou seja, para o cartório, o juiz que se relaciona bem com os funcionários tem o mesmo valor que o juiz tecnicamente competente e o pior juiz, para o funcionário, não é o incompetente, mas o que tem “juizite”.<sup>125</sup>

Ademais, os dados da pesquisa demonstram que, em relação à importância das funções para o funcionamento da justiça, os juízes vêm em primeiro lugar, seguidos dos escreventes, depois muito longe pelas partes, pelo diretor e por último os advogados. Neste sentido, impende ressaltar que a audiência, para os funcionários, é vista como “algo à parte”, destacada das rotinas processuais do cartório e que representam uma interferência no ritmo de trabalho. No mais, os funcionários pouco valorizam as partes responsáveis pelo contraditório exercido em audiência e se mostram alheios ao que representa a audiência no trâmite processual<sup>126</sup>. Quanto aos motivos da pouca valorização das partes e advogados, sobre as primeiras os funcionários consideram que o tempo de atendimento ao público é extenso demais e que as partes procuram informações que seus advogados já informaram ou que poderiam informar, portanto, consideram a interrupção prejudicial ao desenvolvimento da rotina de trabalho; quanto aos advogados, as críticas circundam o pouco preparo técnico que, em geral, demandam

---

<sup>124</sup> Ibidem, p.38.

<sup>125</sup> Ibidem, p.36,37.

<sup>126</sup> Ibidem, p.37,38.

atendimentos para fornecer informações que já constam nos autos, além de peças mal preparadas; essa tensão aumenta em relação a funcionários graduados em direito.<sup>127</sup>

No entanto, além dessas questões de natureza pessoal e de relacionamento institucional que influenciam o ambiente de trabalho dos cartórios, outras questões de natureza organizacional relacionadas à técnica e forma de trabalho também compõem as causas do impacto dos cartórios na distribuição da justiça<sup>128</sup>. Por esta razão, “o aprimoramento da estrutura organizacional e dos métodos de trabalho dos cartórios judiciais assume especial relevância para o controle da morosidade da justiça”, isso porque os tempos de ciclos das rotinas do cartório constituem e consomem a maior parte do tempo de tramitação processual<sup>129</sup>.

#### **1.6. As destemporalizações no sistema de justiça e a possibilidade de retemporalizar o tempo judiciário: gerenciamento processual.**

Essa luta pela retemporalização do sistema de distribuição de justiça encontra campo de elaboração mais evidente nos cartórios judiciais, mas não só neles. A tensão existente atualmente sobre os diferentes tempos sociais, como, por exemplo, tempo do trabalho e tempo do não-trabalho, tempo familiar e tempo profissional, tempo de comunicação e tempo de reflexão<sup>130</sup>, e no tocante à justiça, o tempo do conflito e o tempo judiciário, nos mostra que o tempo social é cada vez mais fragmentado, contudo, não deixa de ter sua função integradora da sociedade, cuja necessidade seja de garantir os laços social com o “mínimo de concordância dos tempos de uns e de outros”<sup>131</sup>. Neste aspecto Ost recupera a prerrogativa muito negligenciada de direito *ao* tempo, ao *próprio* tempo, ao *seu* tempo, ao *seu* ritmo para afirmar a necessidade de reconstrução da história: reconstruir um passado para, de acordo com sua experiência, construir um futuro que seja de acordo com sua expectativa<sup>132</sup>. No âmbito dos cartórios, direito ao tempo pode significar o direito a gerir o próprio tempo e administrar o próprio espaço para afirmar sua capacidade integradora. Concepção oposta ao atual modelo predominante em que o tempo não é gerido (sobretudo o tempo morto, o tempo de espera) e o espaço, que diz respeito ao meio ambiente pessoal e profissional, não é administrado com racionalidade e enquanto investimento no potencial de resolução do problema da morosidade, com foco no agir político da função de processamento das ações como parte do sistema de justiça.

---

<sup>127</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v.5, n. 24, jul. 2008, p.43,44,45.

<sup>128</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.41.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p.35.

<sup>131</sup> Idem.

<sup>132</sup> Ibidem, p.36.

Para vencer a *discronia* e retemporalizar a justiça, necessário conceber ao direito de ação o direito ao tempo racionalizado de processamento das demandas, integrar a expectativa de prestação de justiça célere, ou razoável, ao processamento inteligente da demanda. Para Ost, esse é o privilégio do Estado: o longo prazo provedor de duração e solidariedade para impedir que os laços sociais se desintegrem.<sup>133</sup> Este, pois, o lugar dos cartórios judiciais por serem uma forma de expressão do Poder do Estado e também, numa perspectiva ampliada com o exercício da jurisdição, o *locus* integrador do tempo do conflito social com o tempo judiciário: o próprio abrigo do conflito, portanto.

No entanto, o poder do impacto que causam os cartórios na tramitação processual e, por via de consequência, na morosidade da Justiça, afigura-se como o resultado da visão predominantemente *determinista* da forma em que a morosidade foi combatida através das reformas processuais: redução de recursos, mais meios eficazes de garantia da tutela jurisdicional, criação das súmulas vinculantes e impeditivas, simplificação e alteração do processo de execução, etc, reformas que, de fato, aperfeiçoaram o procedimento, mas, por outro lado, atingiram e ampliaram a expectativa de acesso à justiça e não da celeridade da prestação jurisdicional. Os cartórios, portanto, invisíveis, a despeito da função que lhes recaia e do impacto que causam na tramitação e na crise da justiça, não se incluíram e nem foram incluídos na discussão sobre reformas e sobre o próprio sistema de justiça. Como se percebe, a destemporalização do tempo judiciário ocorreu, também, por prevalecer o abstrato sobre o concreto, dando-se maior importância para a elaboração e aplicação da lei em detrimento dos mecanismos de processamento do próprio direito: ao não se elaborar e desenvolver o conceito dos cartórios operou-se uma verdadeira redução das suas atividades e funções. Para Ost, é essencial não impor à vida social, que é uma temporalidade aberta e de lógica plural e interativa da razão prática, o ritmo programado que convém à fabricação das coisas: constituídas por uma razão técnica e de tempo homogêneo e contínuo<sup>134</sup>. A redução das atividades cartoriais, seu esvaziamento político e seu lugar de invisibilidade na estrutura de poder, dissociadas da elaboração teórica sobre o direito, seja da perspectiva do legislar quanto do judicar, esvaziou o seu potencial criador diante a duração do trâmite processual. O impacto dos cartórios, destituídos da capacidade neguentrópica, reduz o direito de ação a um artefato com caráter antidemocrático: a demora da prestação jurisdicional, até final trânsito em julgado, confere um poder de caráter ditatorial às decisões, pois subjugam os jurisdicionados e seus bens jurídicos há um tempo não razoável de espera para confirmá-las ou para reverter-lhas diante eventual decisão ilegal ou mesmo equivocada. “É porque substituir o ‘agir’ (político) pelo fazer (técnico), assimilar a história dos

---

<sup>133</sup> Idem.

<sup>134</sup> Ibidem, p.32.

homens a um artefato, e reduzir a nada o espaço do *kairós* [criação]: é o desejo secreto de todos os pensamentos antidemocráticos”<sup>135</sup>.

O determinismo que nos acomete encontra respaldo na expectativa que o mundo jurídico deposita nas propostas de mudança legislativa como porta de saída para a crise da morosidade, como se fosse à única possibilidade. É o caso do novo Código de Processo Civil e, mais recentemente, a proposta de Proposta de Emenda a Constituição apresentada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal que prevê o acréscimo dos arts. 105-A e 105-B, cujo trânsito em julgado dos processos se anteciparia com o julgamento em segunda instância, pelos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, e com o fim do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, ao STF e ao STJ respectivamente. Deposita-se em tais propostas de reforma legislativa uma expectativa radical de resolução dos problemas de duração do processo. No entanto, tal concepção de enfrentamento do problema da crise da Justiça novamente privilegia a abstração em detrimento de uma concepção sistêmica e atrelada à realidade do serviço de distribuição da justiça.

Por este caminho, o potencial neguentrópico e a capacidade integradora de tempos dos cartórios judiciais serão submetidos, novamente, ao seu próprio lugar de invisibilidade na estrutura judiciária e o enfrentamento das taxas de congestionamento da justiça, ao menos em hipótese, serão agravadas com o aumento do volume do trâmite de execuções que serão antecipadas em relação ao sistema em vigor. A crença determinista nessas propostas, se não forem acompanhadas por um amplo programa que envolva outras ações de natureza administrativa e de gestão dos cartórios judiciais reconhecendo-os como protagonistas do processamento e da própria efetividade da distribuição da justiça, tende a manter estável o quadro atual da taxa de congestionamento ou agravá-la. Os mutirões realizados reduzem o excesso do volume de processos, mas não tem a capacidade de administrar e gerenciar as novas demandas e, ainda, devido à pressão que ocasionam por resultados, há que se questionar se os princípios constitucionais são devidamente observados e atingidos. Sobre o determinismo e a radicalidade da mudança, tão bem representada por uma proposta de novo Código de Processo Civil e mesmo de Emenda à Constituição (PEC dos Recursos), Ost apresenta exatamente aquilo que nos serve neste contexto:

O determinismo assume atualmente a forma da mudança radicalizada: uma mudança valorizada por si mesma, que acarreta uma prodigiosa aceleração dos ritmos temporais e se traduz pela imposição da urgência como temporalidade ordinária. Trata-se, sem dúvida, de um paradoxo, sustentar que o determinismo, que anula qualquer capacidade de iniciativa verdadeira e esteriliza a concepção de alternativas reais, assume a forma da mudança, ao passo que, precisamente, esta mudança é apresentada como libertação das tutelas do passado e das coerções do futuro. O paradoxo se dissipa, entretanto, se percebermos o fato de que nada

---

<sup>135</sup> Idem.

parece operar esta mudança, nada condiciona a realização de objetivos sociais desejáveis, de modo que mudar surge daí para frente como um objetivo em si, a coerção das coerções, à qual ninguém poderia se opor sem que fosse deixado por conta própria<sup>136</sup>.

E não é o que se nos apresenta? Como se somente uma proposta de novo código de processo e uma Emenda à Constituição fossem capazes de nos libertar desse passado letárgico e das coerções da intempestividade, da pressa e da insegurança do futuro. Um lugar em que, se feito exatamente como determinado, poderá nos livrar ou significativamente reduzir as opressões de um sistema que não se integrou. Mas não estaria no lugar oposto a possibilidade de alternativa real para a crise da justiça no tocante à morosidade? Se quanto mais celeridade se busca mais moroso fica, não estaria no direito de exercer o próprio direito à lentidão para se elaborar e obter um processo justo, adequado e tempestivo? E se, diante esse contexto de aceleração, mudança e urgência, a retemporalização do tempo judiciário consistisse em desligar as coerções deterministas com a alternativa de aptidão para a lentidão?<sup>137</sup> Isso para que se inscreva o problema da morosidade num projeto de futuro que apresente alternativas com a profundidade sistêmica necessária. Por óbvio que não se defende um processo moroso, mas tão somente que se desligue a força frenética que a urgência impõe pelo discurso da celeridade para se pensar nas reformas necessárias ao sistema de justiça, na sua integralidade e não somente no viés legislativo.

Portanto, a razoabilidade da duração dos processos, em contradição com o frenesi atual de urgência e celeridade, pode encontrar respostas mais eficaz na afirmação do direito ao tempo para retemporalizar o judiciário pela via do tempo dos cartórios: o gerenciamento dos processos para racionalizar e retemporalizar as rotinas de processamentos, bem como sua gestão e sua inserção *visível* no sistema de justiça. O esforço para alçar os cartórios à visibilidade estruturante de seu agir passa pela construção de historicidade e pela necessidade de se inscrever numa duração significativa que somente é possível com a articulação reflexiva entre a experiência passada e a promessa de antecipação do futuro para orientá-lo com sentido, significação e direção. No plano físico, o ritmo incessante que conduz a vida leva a esta entropia crescente, na dimensão cultural temos a pane de historicidade com o presente saturado pelo instantâneo, como se o passado não tivesse nada a dizer e o futuro fosse demasiado incerto para ser construído. A retomada de uma temporalidade cartorária racional e tempestiva necessita, portanto, dessa inscrição significativa, duradoura e integrada no sistema de justiça. As ações de mutirões, apesar de importantes, não cumprem esse papel: são metas de manutenção do próprio sistema vigente.

---

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Ibidem, p.33.

Contudo, apesar da crise da justiça ter forte elemento de sua estrutura nos cartórios judiciais, como se vem defendendo neste trabalho, é fato que, ainda que de maneira dolorosa e abandonada à própria sorte, os cartórios desempenham suas funções, processam as demandas e da maneira que podem (e conseguem) promovem alguns sistemas de gerenciamento interno do trâmite processual que resultam em maiores ou menores benefícios na duração da demanda. Este ensinamento sobre a experiência dos cartórios merece visibilidade como ponto de partida para o aprofundamento das elaborações e da própria construção de historicidade do sistema de justiça com um olhar mais sistêmico e ético-político sobre a função cartorial para o processo e para a sociedade.

Importante, como ora defendido, que se busque na interpretação das experiências dos cartórios em gerenciar os processos as alternativas para se pensar a construção do futuro. E por esta razão, as experiências de gerenciamento processual promovidas espontaneamente pelos cartórios são necessárias para a demonstração de que a *visibilidade* dos cartórios judiciais seja estruturante no sistema de justiça para se instituir e atingir o princípio da razoável a duração dos processos.

Contudo, neste aspecto de valorização das experiências de gerenciamento, necessário vislumbrar que a tecnologia ganha largos territórios no processamento das demandas, tanto que em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.419 que dispõe sobre a informatização do processo judicial, admitindo total ou parcialmente o processo em formato eletrônico. Tal modernização do Judiciário tornará mais célere o processamento, eliminando *tempos* que o processo físico exigia para sua tramitação.

Porém, não se trata de, novamente, apostar que somente a informatização do processo será capaz de enfrentar a crise da morosidade, posto que seus fundamentos extrapolem questões estruturais. Conforme a própria Lei nº 11.419/06 dispõe em seu art. 12, parágrafo quarto, que depois de autuado, “o processo seguirá a tramitação legalmente estabelecida para os processos físicos”. Trata-se, então, de promover o diálogo e a interação entre as novas tecnologias e o trabalho efetivamente desenvolvido nas unidades judiciárias, de modo que a tecnologia seja incorporada na constituição de racionalidades de gerenciamento processual.

Trata-se, pois, de instituir o princípio da razoável duração do processo com a racionalidade do gerenciamento processual: ao invés de alçar o “processualismo” ao nível de garantia constitucional, negando prestação jurisdicional fundada em minuciosas regras processuais<sup>138</sup>, garantir que a razoável duração seja instituída no serviço público de processamento e distribuição da justiça através do seu gerenciamento e de conferir

---

<sup>138</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.83.

visibilidade aos cartórios, que também são atores do sistema de justiça. Alves afirma que o “gerenciamento de processos, portanto, é o caminho natural para o juiz assegurar a observância da garantia constitucional do prazo razoável”.<sup>139</sup>

Isso pode ser afirmado ao se cotejar os resultados do gerenciamento processual experimentado espontaneamente pelos cartórios judiciais pesquisados no Estado de São Paulo e aqui utilizados como fonte.<sup>140</sup> Os apontamentos gerais são satisfatórios para se concluir que as unidades judiciárias são, de fato, objetos privilegiados de análise do exercício da jurisdição, como disse Alves da Silva, posto que na maioria dos casos os resultados foram positivos para reduzir o tempo de duração da tramitação processual em relação ao tempo do não-gerenciamento. As práticas com melhores resultados foram os planejamentos do fluxo dos processos, as de tentativas de conciliação, a de concentração de decisões na “audiência una” e as que conjugaram várias técnicas. Interessante notar que a prática de “condução legal”, ou de não gerenciamento, foi em geral a de pior resultado. A conjugação de várias práticas apresentou bons resultados, sendo a de resolução consensual com organização de fluxo de processos a que melhor resultado apresentou. No procedimento ordinário, aonde as possibilidades de gerenciamento são maiores, foi evidente o melhor resultado entre gerenciar e não gerenciar processos; no procedimento sumário o gerenciamento conjugado de técnicas demonstrou bons resultados. Somente no rito do mandado de segurança a condução legal foi superior ao gerenciamento, isso porque o próprio rito privilegia a legalidade por ser relativamente curto. No geral, os melhores resultados foram observados pelas experiências de controle sobre o fluxo de processos e o estímulo à conciliação<sup>141</sup>, sendo indubitável que a “postura gerencial no exercício da jurisdição é um caminho para combater a crise da justiça nas sociedades contemporâneas. (...) o gerenciamento de processos diminuiu o tempo de tramitação dos processos, aumentou o número de acordos e reduziu o volume de demandas”.<sup>142</sup>

Os resultados gerais das práticas de gerenciamento sugerem que no Brasil o gerenciamento de processos deve integrar três elementos principais: burocracia judiciária, o procedimento legal e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Importante, neste sentido, a conclusão sobre a prática de gestão do funcionamento dos cartórios que apontou a ligação, tão esquecida, entre o direito processual e a

---

<sup>139</sup> Ibidem, p.79.

<sup>140</sup> BRASIL. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v.5, n. 24, jul. 2008; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009.

<sup>141</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.68-70.

<sup>142</sup> Ibidem, p.73.

organização judiciária.<sup>143</sup> Portanto, a “conjugação dos elementos que compõem o acesso à justiça depende menos de uma jurisdição de gestão da aplicação da lei e mais de uma jurisdição de gestão da resolução dos conflitos”.<sup>144</sup> Isso em razão de o procedimento legal não cumprir satisfatoriamente sua função de ordenar o processo, organizá-lo e dar forma a seus atos. A absoluta regularidade do procedimento não significa tutela efetiva e tempestiva, isonomia entre as partes, duração razoável, acesso à justiça e devido processo. Pode significar, muitas vezes, demasiado apego às formas em detrimento do princípio da instrumentalidade das formas (CPC 154, 244, etc.).<sup>145</sup> Neste campo carente de sentidos e de concretude para o exercício efetivo do direito de ação:

O gerenciamento de processos é o mecanismo que completaria a função ordenadora inicialmente atribuída ao procedimento. Ele procura assegurar a correspondência entre o processo concreto e as garantias constitucionais e conduzir a resolução do conflito de forma que a jurisdição se concentre em questões materiais. E as garantias constitucionais lhe servem de limite.<sup>146</sup>

Por fim, o entendimento sistêmico sobre o sistema de justiça também deve ser obra de cooperação dos Poderes de Estado, de modo a entender que a prestação da justiça seja, de fato, um serviço público.

### 1.7. Conclusão.

As diferentes concepções sobre a relação entre tempo e direito expressam, obviamente, diferentes entendimentos sobre como os prazos (legais e judiciais) e a morosidade no processo civil se apresentam no sistema de justiça. Para aqueles que entendem o tempo enquanto mero desenrolar cronológico no processo, a duração processual é linear. Para outros que concebem as forças instituintes e entrelaçadas do tempo e do direito - ou do *tempo do direito* -, a duração do processo é uma temporalidade a ser construída e instituída pelos atores do sistema judiciário; ou seja, os atores não se subjugam ao tempo e ao direito (como se separados fossem), mas os fazem.

Evidente que o presente trabalho aderiu à segunda concepção.

Nesta perspectiva, o tempo diferido do processo, lugar único para a regeneração social acobertado pela força da coisa julgada, o problema da morosidade representa extrema gravidade para sua finalidade. O conflito entre o tempo social e o tempo do processo, que por sua própria instituição tem enquanto premissa essa tensão, vê-se desvirtuado, empobrecido nos sentidos pela destemporalização da duração excessiva da

---

<sup>143</sup> Ibidem, p.74.

<sup>144</sup> Ibidem, p.74-80.

<sup>145</sup> Ibidem, p.84.

<sup>146</sup> Idem.

prestação da justiça. O conflito, então, se desloca do eixo apontado para se estabelecer na tensão provocada pela potencialização e agravamento do laço social degenerado, rompido.

Num contexto social marcado pela hipermodernidade, o acirramento dos conflitos sociais são maiores diante o sentimento geral de urgência, de maximização das relações, de necessidades sempre crescentes e pouco saciadas. Porém, convêm ao Estado, diante da benesse que lhe é concedida de projetar políticas públicas de médio e longo prazo, enfrentar a demanda social e as forças destemporalizadoras para impor aos demais atores sociais o norte e a temporalidade para uma prestação jurisdicional razoável em sua duração e segura em seu mérito. Cumpre aos Poderes do Estado, em cooperação, comandar esse processo de temporalização da Justiça em diálogo com os atores do sistema de justiça e com os principais atores sociais.

Nesta dimensão, portanto, dentre os pilares que sustentam a crise da justiça, escolheu-se os cartórios judiciais para promover o foco deste trabalho. As unidades judiciárias são, por primazia, privilegiadas para analisar e elaborar políticas públicas sobre a prestação jurisdicional. A começar pela invisibilidade a que estão submetidas no sistema; os cartórios e os funcionários não são vistos enquanto atores do judiciário; não são considerados quando da elaboração das leis e dos códigos; e não são, ou pouco o são, considerados pela própria judicatura na relação direta com o processamento-julgamento.

A despeito disso, os cartórios espontaneamente tomam atitudes com o pouco instrumental e incentivo que encontram para promover formas de gerenciamento de processos com vistas a reduzir o tempo de tramitação e facilitar a resolução dos conflitos. Os resultados destas experiências de gerenciamento demonstram que as rotinas cartoriais precisam ser simplificadas (e não só o Código de Processo precisa ser simplificado); elas devem ser racionalizadas, geridas e pensadas de forma estratégica. Isso traduz a redução do tempo de duração das demandas. Entre o procedimento genericamente definido em lei e a sua aplicação existe um abismo que necessita ser pensado para se elaborar a conexão entre a prestação jurisdicional e a realidade.

O gerenciamento de processos não se limita a ser um instrumento de tramitação, mas uma racionalidade de processamento das demandas que ocupa o lugar concedido pelo poder derivado na Constituição Federal: os meios que garantam a celeridade da tramitação. Esta é a parte final, tão esquecida, do inciso LXXVIII, do art. 5º.

Verificou-se, com estas experiências, que o gerenciamento carrega enorme potencial para retemporalizar o tempo judiciário e recuperar ao processo sua finalidade de acolhimento do conflito e enlaçamento social. É disso que se trata: instituir juridicamente a temporalidade razoável na tramitação processual, o que significa dizer

que o princípio da razoável duração está entre os princípios norteadores e entre os eixos do Poder Judiciário.

Nesta empreitada, a cooperação dos Poderes do Estado cumpre notório papel para enfrentar, cada qual, os problemas de sua alçada. Como exemplo, podemos citar as execuções fiscais, os precatórios, a informatização, a judicialização da política e a elaboração e instituição do próprio gerenciamento processual, dentre muitos outros.

Ao que se propôs este trabalho, o gerenciamento de processos possui enorme capacidade regeneradora e de mobilização para, como ponto de partida (talvez), lançar novos olhares e ações sobre a crise da justiça brasileira e, quiçá, tornar palpável a razoabilidade no tempo de tramitação das demandas.

### **Referências Bibliográficas:**

- ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo**. 1ª ed. Curitiba. Juruá Editora, 2008.
- BRASIL. **Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2010 do Presidente do Senado Federal, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 1ª Ed. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.
- \_\_\_\_\_. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**, Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2004
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. 1ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- EWALD, Ariane P.; MANCEBO, Deise; UZIEL, Anna; Prestrelo, Eleonora T. **Possibilidades identitárias: discussões na hipermodernidade**. Rio de Janeiro. Estudos e Pesquisas em Psicologia, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2º semestre de 2006.
- FARIA, José Eduardo. **A crise do judiciário no Brasil**, In LIMA JR, Jaime Benvenuto. A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. 1ª ed. recife. Ed. Gajop, Bagaço, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, 2003, disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduar\\_Faria.pdf](http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduar_Faria.pdf)> acessado em 10 de janeiro de 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles; Charles, Sébastien. **Tempos Hipermodernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna**. Tradução de Mario Vilela. São Paulo. Ed. Barcarolla, 2004.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru. Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

SADEK, Maria Tereza. Entrevista concedida em 08 de fevereiro de 2009-a, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>>, acessada em 10 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em 08 de janeiro de 2006, disponível em <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-08/justica\\_trabalha\\_nao\\_chega\\_cidadao](http://www.conjur.com.br/2006-jan-08/justica_trabalha_nao_chega_cidadao)>, acessada em 10 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em 11 de agosto de 2009-b, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/faz-parte-essencia-justica-preencher-espacos-vazios-sadek>>, acessada em 10 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em 30 de outubro de 2009-c, disponível em <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK\\_66415.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK_66415.shtml)>, acessada em 10 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Judiciário: Mudanças e Reformas**. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial**. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. **Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v.5, n. 24, jul. 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. 1ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.



**O “FILTRO” DE ADMISSIBILIDADE PARA O RECURSO DE CASSAÇÃO NA  
REFORMA PROCESSUAL CIVIL ITALIANA DE 2009**

**THE "FILTER" OF ADMISSIBILITY FOR RESOURCE IN CASSATION IN  
THE ITALIAN CIVIL PROCEDURAL REFORM OF 2009**

*Margareth Vetis Zaganelli*

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora Associada do Departamento de Direito, dos cursos de Mestrado em Direito Processual Civil e de Gestão pública da Universidade Federal do Espírito Santo. Coordenadora do Grupo de Estudos de Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro titular da Associação Colombiana de Direito Processual Constitucional. Membro Titular da Associação Mundial de Justiça constitucional. Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo.

*Sara Barbosa de Oliveira*

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo, na modalidade de Aluno Especial. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora Substituta em Direito Penal e Processual Penal na Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada.

**Resumo:** A lei de número 69, de 18 de junho de 2009, intitulada “Disposições para o desenvolvimento econômico, a simplificação, a competitividade em matéria de processo civil” introduziu uma nova reforma no código de rito da Itália, com o objetivo de acelerar a tramitação dos processos, eliminando o expressivo número de procedimentos pendentes no Judiciário italiano. O artigo analisa os principais aspectos da reforma

processual civil italiana de 2009, em especial, a introdução do “filtro” de admissibilidade para o recurso de cassação.

**Abstract:** The law number 69, June 18, 2009, entitled "Provisions for economic development, simplification, competitiveness in the field of civil procedure" introduced a new reform of the code rite of Italy, aiming to speed up proceedings processes, eliminating the significant number of pending proceedings in the Italian judiciary. The article analyzes the main aspects of the Italian civil procedural reform of 2009, in particular the introduction of the "filter" of admissibility for resource in cassation.

**Palavras-chave:** Reforma Processual – Admissibilidade – Recurso de cassação – Filtro – Razoável duração do processo.

**Keywords:** Procedure Reform - Admissibility – Resource in cassation - Filter - Reasonable duration of the process.

**Sumário:** 1.Notas introdutórias 2.As reformas processuais na Itália: breve relato histórico 3.Principais aspectos da reforma processual civil italiana de 2009 4.O recurso de cassação 5.O “filtro” de admissibilidade para o recurso de cassação 6.Considerações finais. Referências Bibliográficas.

## 1. Notas introdutórias

Publicada em 19 de junho de 2009, com entrada em vigor em 04 de julho do mesmo ano, a lei 69, intitulada “Disposições para o desenvolvimento econômico, a simplificação, a competitividade em matéria de processo civil”, introduziu uma nova reforma no processo civil da Itália, visando acelerar a tramitação dos processos e contribuir para eliminar com cerca de 5 milhões de procedimentos pendentes no Judiciário italiano. (CATALDI, 2009)

Atualmente, a Itália ocupa a desconfortável 157<sup>a</sup> posição no ranking mundial em eficiência do sistema judiciário para solucionar controvérsias. Promovida pelo Banco Mundial, a pesquisa sobre a atuação do poder judiciário levou em consideração três indicadores: o número médio de procedimentos necessários para a execução judicial de um contrato, na Itália são 41 procedimentos; o tempo necessário para resolver uma lide desde o protocolo da ação até a execução e o pagamento final feito pelo réu, que na Itália chega a 1210 dias; e por fim, o custo das taxas processuais, na Itália atinge o patamar de 29,9% do total da dívida do país. (DOING BUSINESS, 2011)

Constatou-se que em termos de eficiência na prestação jurisdicional, a situação da Itália é preocupante. O país dos grandes processualistas civis do século passado

permanece pelo segundo ano consecutivo em uma colocação pior do que a de países sem nenhuma tradição processualística, como Uganda – 113ª posição, Serra Leoa – 144ª posição e Gabão – que ocupa a 148ª posição no ranking mundial. E se não bastasse esse constrangimento, o judiciário italiano custa ao país cerca de 0,20% do Produto Interno Bruto (PIB), mais do que gastam os franceses ou ingleses, sendo que na França, a duração média de um processo de primeiro grau é de 286 dias, e na Itália, de 533 dias. (BUSETTO, 2011)

Neste contexto, a reforma de 2009 modificou sensivelmente o processo civil no que se relaciona com a razoável duração do processo: alterou as normas subjacentes de regulamentação de despesas da lide e aumentou os poderes sancionatórios do juiz para dentre outros objetivos, diminuir o tempo de tramitação dos processos. Introduziu uma medida de coerção indireta, as conhecidas *astreintes* francesas, prevendo um reforço na condenação judicial envolvendo obrigação de fazer infungível ou obrigação de não fazer.

Um dos pontos de destaque da reforma processual italiana de 2009, o novel artigo 360bis do Código de Processo Civil, introduziu um “filtro”, novo requisito de admissibilidade para o recurso de cassação com finalidade de desafogar a Corte de Cassação, reduzindo o número de recursos que chegam à apreciação de seu mérito.

Com o objetivo de simplificação da forma procedimental, para vencer o obstáculo da excessiva duração dos processos na Itália, a reforma do código de processo civil de 2009 não foi pontual, compreende apenas mais um episódio de uma longa jornada de tentativas reformistas, iniciadas no século passado.

## **2. As reformas processuais na Itália: breve relato histórico**

A excessiva duração dos processos civis tem sido um gigantesco obstáculo que a Itália ainda não conseguiu vencer. Ao longo dos últimos séculos de direito processual italiano é possível assistir a uma verdadeira “*novella*” processual, com as inúmeras tentativas do legislador italiano em editar leis que resolvam, ou que pelo menos amenizem essa dura realidade.

Em 1865, entrou em vigor na Itália o Código de Processo Civil, inspirado no Código de Processo Civil francês de 1806, estabelecendo dois procedimentos: o formal, que era a regra, e o sumário, a exceção. (CIPRIANI, 2006, p.28) O procedimento sumário possibilitava uma audiência aberta, com a oportunidade de juntar novas provas, inclusive das partes fazerem novos pedidos, com uma maior presença do juiz. Esse procedimento se tornou a preferência dos advogados italianos, que passaram a requerer tal procedimento ao juízo, o que frequentemente era deferido. Assim, a exceção virou a regra.

Em 1901, através da lei 107 de 31 de março, o legislador italiano, respeitando a realidade judiciária, regulamentou pontos de instabilidades do procedimento sumário, equilibrando, então, o processo: a audiência continuaria a ter uma instrução aberta, porém, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, as partes deveriam depositar novos documentos quatro dias antes da audiência, notificando a parte contrária. (CIPRIANI, 2006, p.30)

No contexto do regime fascista, em 1940 entrou em vigor um novo Código de Processo Civil italiano, que reformou radicalmente o processo civil para harmonizá-lo com os princípios e finalidades do regime político instaurado. Sob a égide do novo diploma processual, os direitos das partes foram reduzidos e os poderes do juiz foram ampliados.

Sintetizando a realidade imposta pelo Código de processo civil italiano de 1940, Franco Cipriani (2006, p. 35) compara tal situação com a construção de um hospital, que ao invés de ser construído para os enfermos, fosse construído para os médicos.

A legislação processual estabeleceu um sistema sem precedentes na história do processo civil italiano, com a implantação do juiz instrutor que deveria apenas preparar e instruir a demanda, e depois remetê-la ao Colegiado, órgão competente para o julgamento do mérito. Na realidade, o acesso das partes ao Colegiado ficava apenas na teoria, apenas o juiz instrutor tinha esse acesso.

Dentre as razões que contribuíram para o colapso do processo civil italiano na época, Cipriani (2006, p. 38) enumera três: a tardia fixação da primeira audiência pelo juiz instrutor, que demorava cerca de nove meses a dois anos; a redução das garantias processuais, como a impossibilidade de impugnar decisões antes da sentença, e também a implantação de um sistema de rígidos prazos e preclusões, que em nada contribuiu com a celeridade do sistema, e sim com a possibilidade de prolação de sentenças injustas.

Com o fim do regime fascista, e depois de muitas discussões, em 1950, o Código de Processo Civil italiano foi reformado pela lei nº 581 de 14 de julho, iniciando mais um capítulo na “*novella*” italiana. Concebida com uma lógica oposta ao Código de 1940, a reforma da década de 50 ripristinou a citação para uma audiência fixa, suprimiu as preclusões e os relativos poderes discricionários do juiz instrutor, permitiu às partes reclamar ao colegiado dos despachos do juiz instrutor devido à relevância e admissibilidade dos meios de prova, dentre outras medidas. (CIPRIANI, 2006, p. 41). Entretanto, a reforma de 1950 permitiu a sobrevivência do juiz instrutor e tudo quanto isso implicava, não resolvendo, assim, os problemas criados pelo antigo código de rito.

Segundo estudos promovidos por Cappelletti (1969, p. 111), ao final da década de 60, a lentidão e a extensão do processo civil ordinário foi uma consequência da profunda desvalorização do juízo do primeiro grau e a glorificação dos juízos de apelação, com excesso de colegialidade e impossibilidade para o juiz de fixar prazo peremptório para fazer correr o processo verso a sentença.

Com o caos decorrente do excesso da duração do processo de conhecimento, houve um aumento significativo dos procedimentos cautelares. O agravamento da realidade do judiciário italiano era tanto, que os procedimentos cautelares não eram impugnados, mas, ao contrário, por anos foram tolerados. (CIPRIANI, 2006, p. 48)

Na segunda metade dos anos 80, ocorreram três grandes acontecimentos no direito processual civil italiano: em 1985, em um congresso de processualistas foi nomeada uma comissão para discutir e resolver o problema do processo civil italiano, que acabou na reforma processual de 1990. Em 1986, a Corte Constitucional italiana abriu precedente em admitir impugnação por revogação de julgado da Corte de Cassação. E em 1987, a Itália sofreu a sua primeira condenação pela Corte Européia de Direitos do Homem, em razão da lentidão dos processos cíveis. (CIPRIANI, 2006, p. 50)

No ano de 1990, mais uma grande reforma processual foi promovida na Itália, através da lei de nº 353 de 26 de novembro, que alterou diversos dispositivos do código processual civil existente, bem como redesenhou todo o processo ordinário. Foi suprimido do regulamento o colegiado, permitindo ao juiz instrutor julgar a causa sozinho eliminando, dessa forma, a remessa ao colegiado para o julgamento, e até três anos de espera. O principal objetivo das reformas processuais inseridas era concentrar toda a instrução e preparação da causa na primeira, mais tardar numa segunda audiência, para que imediatamente após, fosse prolatada a sentença pelo juízo.

Dessa forma, o legislador se preocupou em reduzir a duração da causa no primeiro grau, obrigando as partes e o juiz a concentrar todos seus atos na primeira, ou em uma segunda ou terceira audiência. Entretanto, dentro do contexto de lide do processo civil, a reforma proposta em 1990 não obteve grande êxito, pois é inerente ao processo a busca pelo reconhecimento judicial de suas alegações, seja pelo próprio juiz de piso, seja então, pelo juízo de apelação.

Nos anos que se seguiram, outras leis processuais foram publicadas na Itália, regulamentando pontos específicos do procedimento civil. No entanto, o problema da excessiva duração dos processos civis italianos ainda persistia.

### **3. Principais aspectos da reforma processual civil italiana de 2009**

Em 19 de junho de 2009 foi publicada no Diário Oficial italiano a lei número 69, de 18 de junho (ITALIA, 2009), que implantou mais uma reforma no sistema processual civil. A “novella” processual italiana, no capítulo de 2009, modifica todo o corpo do código de rito e em alguns aspectos, apresenta elementos de ruptura com o tradicional processo civil até agora seguido pelos operadores de direito italiano, como é o caso da introdução da “testemunha escrita”.

Nesse sentido, a reforma processual civilista de 2009 introduziu uma série de modificações, sobretudo, no Código de Processo Civil, modificando o conteúdo do capítulo IV, e em particular, nos artigos 45 a 56, 58, 59 e 62 do mencionado diploma processual. A lei 69/2009 (ITALIA, 2009) prevê ainda que o Governo, em 24 meses da data de sua entrada em vigor emita Decretos com a finalidade de simplificar os procedimentos civis de conhecimento, regulados por legislação especial, reinserindo-os na jurisdição ordinária.

Dentre os principais pontos da reforma de 2009, pode-se elencar a introdução da mediação civil, visando uma conciliação extrajudicial entre as partes; a criação do procedimento sumário de conhecimento, mais simples e alternativo ao rito ordinário; a simplificação dos ritos através da redução de todos os procedimentos em três modelos processuais previstos no código de processo civil: rito ordinário de conhecimento, rito do trabalho e rito sumário de conhecimento; a revogação do rito societário e a aplicação do rito ordinário para as causas relativas a acidentes de trânsito; a previsão de um instrumento de coerção nos casos de inadimplemento de devedores na fase executiva do processo – *astreintes*; a modificação das normas relativas a custas do processo; a inserção de sanções processuais a parte que retarda, com o seu comportamento, a conclusão do processo; a mudança do regime de distribuição de competência e de sua decisão; a ampliação da competência do juiz de paz em razão do valor; a redução dos prazos de suspensão do processo, bem como a modificação dos prazos processuais; a introdução da prova de “testemunha escrita”, com prévio acordo entre as partes; o estabelecimento do efeito retroativo da correção de vícios de representação ou assistência; a aceleração da realização de perícia técnica; o estabelecimento de novos critérios de redação e publicação das sentenças; dentre outras modificações importantes.

Um dos pontos mais polêmicos da reforma italiana de 2009, foi a criação do “filtro” de admissibilidade para o recurso de cassação, com a inserção do artigo 360*bis* no código de processo civil.

### **4. O recurso de cassação**

Na Itália, a Corte Suprema de Cassação está no topo da jurisdição ordinária. O início da história da Suprema Corte italiana, tal como se apresenta hoje, data da unificação legislativa do Estado italiano. Antes do processo de unificação, existia cinco Cortes de Cassação, uma em cada região: Torino, Florença, Nápoles, Palermo e Roma. (RUSCIANO, 2006) Apenas em 1923, as antigas cortes “supremas” regionais foram unificadas em um tribunal único, a Corte de Cassação, tendo sua sede fixada em Roma.

Um momento de grande importância histórica para a Corte de Cassação foi a vigência da Constituição Italiana de 1948, que no seu artigo 111 estabelece uma garantia constitucional geral de que não é necessária nenhuma autorização especial para recorrer à Corte, pois cada cidadão pode apelar para a Corte de Cassação por violação de lei contra qualquer decisão de autoridade judiciária, sem ter que apresentar qualquer recurso civil ou penal, ou contra qualquer medida que restringe a liberdade pessoal. (ITALIA, 1947) Assim, a atuação da Corte foi ampliada significativamente.

Luigi Comoglio aponta, como função da Corte de Cassação italiana, assegurar a legitimidade das decisões dos tribunais inferiores, uma vez que esta é considerada órgão supremo de controle de legitimidade, não se comportando como juízo de mérito da causa. (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2011, p. 707)

A própria Corte de Cassação elege como sua função precípua assegurar a exata observância e interpretação uniforme da lei, exercendo, assim, sua função “nomofilática” em uniformizar as decisões dos juízos inferiores. (CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, [200-?]). E ainda, assegurar uma jurisprudência coesa, respondendo homogeneamente a casos homogêneos.

A Suprema Corte italiana, dentro da visão político-ideológica em que foi concebida, possui a responsabilidade de promover a unidade do direito objetivo nacional, mesmo que suas decisões não possuam caráter vinculativo.

O recurso para Cassação é um meio de impugnação ordinária<sup>1</sup>, impedindo o trânsito em julgado da sentença. O recurso pode atacar tanto *errores in procedendo* como o *errores in iudicando*. Esse recurso, em regra, admite apenas a fase rescindenda, atuando na correção da subsistência dos vícios e de sua eventual cassação.

As normas processuais que regulamentam o recurso de cassação foram objeto das últimas reformas italianas, de 2006 e de 2009, principalmente no que se refere à admissibilidade desse recurso.

---

<sup>1</sup> O artigo 323 do Código de Processo Civil italiano estabelece como meios de impugnação a apelação, a revisão, oposição de terceiros, o recurso de cassação. (ITALIA, 1940)

Em 2006, através do Decreto de nº 40 (ITALIA, 2006), o artigo 360 do código de processo civil italiano sofreu pequenas modificações, passando a estabelecer cinco hipóteses de cabimento do recurso de cassação, quando impugnar acórdão em grau de apelação ou em único grau que verse sobre (1) razões relacionadas com a jurisdição, (2) violação de regras de competência que não estão prescritas em regulamento, (3) violação ou má aplicação de normas de direito e de contratos e acordos coletivos nacionais de trabalho, (4) nulidade da sentença ou do procedimento, e por fim, (5) por omissão, insuficiência ou contradição motivação cerca de fato controverso e decisivo para o juízo.

O texto legal expõe ainda que, no caso do item 3, as partes podem convencionar em suprimir a 2ª instância, para apelar diretamente à Corte de Cassação. E mais, a possibilidade de aplicar as regras nas possibilidades do 1º e 3º ponto às decisões diversas, mas que foram admitidas por violação da lei.

O artigo 362 do Código de Rito italiano elenca, ainda, outra hipótese de cabimento de recurso para Cassação, qual seja, impugnar decisões em grau de apelação ou em único grau de juízo Especial por motivos relacionados a conflito de competência. (ITALIA, 1940)

Em consonância com a função nomofilática da Corte de Cassação, o Código de Processo Civil italiano prevê em seu artigo 363 a possibilidade do Tribunal ser chamado a pronunciar o “princípio de direito”, mesmo que as partes não impugnem decisão *a quo*. O recurso de cassação com esse fundamento se justifica com a inércia das partes em recorrer, devendo, portanto, o Procurador-Geral italiano provocar a Corte para que declare no interesse da lei o princípio do direito que o Tribunal deveria seguir. Cabe destacar, ainda, que a decisão da Corte nesse caso não gera nenhum efeito sobre a decisão do juízo de mérito. (ITALIA, 1940)

Assim, a Suprema Corte italiana, principalmente o seu Pleno, quando se tratar de questões de interesse geral, enuncia princípios destinados a projetar-se inteiramente no ordenamento jurídico e transformar-se em uma regra intermediária de formação de jurisprudência futura, contribuindo para assegurar uma unidade do ordenamento e uma igualdade da hermenêutica. (RUSSO, [2009?])

O desenvolvimento histórico da Corte de Cassação indica a tendência em selecionar as questões que devam ser analisadas por ela. Essa tendência, inclusive, refletiu na última reforma significativa no processo civil italiano de 2009, com a criação do chamado “filtro” de admissibilidade.

## **5. O “filtro” de admissibilidade para o recurso de cassação**

A lei nº 69 de 2009 inseriu no ordenamento processual civil italiano o artigo 360*bis*, entrando em vigor em 04 de julho do mesmo ano, que cuida de duas novas hipóteses de inadmissibilidade do recurso de cassação, denominadas pela doutrina de “filtro” de admissibilidade. (ITÁLIA, 2009)

A ideia de criar requisitos de admissibilidade para o recurso de Cassação não surgiu com o artigo 360*bis*. O decreto legislativo de nº 40 de 2006 inseriu o artigo 366*bis* no CPC que exigia da parte recorrente, na argumentação dos casos previstos no artigo 360, a formulação de questões de direito ou dos fatos controvertidos. (ITÁLIA, 2006) Essa norma funcionava como um verdadeiro filtro, sendo revogada em 2009 pela lei de nº 69, que inseriu o artigo 360*bis*, considerado uma evolução do revogado dispositivo, na tentativa de impedir o inegável abuso da interposição do recurso para a Cassação. (SASSANI, 2009)

O atual artigo 360*bis* do Código de Processo Civil italiano afirma que o recurso de cassação será inadmissível: 1) quando o provimento impugnado decidiu questões de direito em conformidade com a jurisprudência da Corte e o exame dos motivos não fornece elementos para confirmar ou alterar a orientação da mesma; 2) quando é manifestamente infundada alegação sobre a violação dos princípios normativos do devido processo. (ITÁLIA, 1940)

Um recurso para Cassação, sob a égide da legislação italiana vigente, além de se fundamentar em um dos motivos tratados no tópico anterior, para ser admitido, terá que preencher um dos dois novos requisitos de admissibilidade inseridos pelo artigo 360*bis*.

Essa “filtragem” dos processos em que a Corte de Cassação irá se manifestar, como já afirmamos, condiz com o posicionamento de inúmeros outros Tribunais Superiores, que atuam em casos específicos de garantir respeito ao ordenamento jurídico vigente no país. Na Itália, essa função resulta da função precípua da Corte de uniformizar a interpretação e aplicação do direito.

O pacote de reforma de 2009 foi aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 02 de outubro de 2008, e pelo Senado, mas com modificações, no dia 04 de março de 2009. Dentre as modificações inseridas no texto original está a introdução do artigo 360*bis*, o que surpreendeu grande parte dos operadores italianos do direito. (CARRATA, 2009)

Após a sua aprovação, o filtro de admissibilidade vem fomentando o debate jurídico na Itália, principalmente de seus opositores. As críticas ao filtro de admissibilidade ao recurso para Cassação vão desde as mais simplistas, como a ponderação do aumento de trabalho dos advogados no início do processo, que deverão analisar profundamente o caso para sustentar uma tese jurídica capaz de chegar a Cassação, até a crítica quanto à redação incoerente do item nº1 do artigo 360*bis*.

Francesco Luiso (2010) assinala a temeridade da redação do item nº 1 do filtro que determina que o recurso seja inadmissível quando a decisão impugnada decidiu questões de direito conforme a jurisprudência da Corte de Cassação. O mencionado processualista não concorda que no recurso tenha que conter elementos idôneos a convencer a Corte a reexaminar sua própria orientação, como requisito de validade.

A análise entre o recurso e a jurisprudência da Corte é feita no momento do julgamento, e não da interposição do recurso. Como na Itália a demora no julgamento dos processos há muito é realidade, nada impede que o posicionamento da Corte mude antes do julgamento do recurso, acarretando sua inadmissibilidade. Dessa forma, um recurso será considerado inadmissível caso invoque *error in iudicando* que a Corte, no momento de sua decisão, já tenha mudado sua orientação. Seria concluir que o recorrente deva prever no momento da interposição de seu recurso uma possível mudança de orientação da Corte, para ter seu recurso conhecido. (LUISO, 2010)

Outro ponto crítico do item ao nº 1 do artigo 360bis, diz respeito à redação do trecho que determina que o recurso para Cassação será inadmissível se o provimento impugnado decidiu conforme a jurisprudência da Corte, e no exame dos motivos não fornece elementos para confirmar ou alterar a orientação da Corte. Ora, compreende o interesse recursal que o provimento impugnado contenha sucumbência, ainda que mínima, da parte recorrente. Então, seria inimaginável um recorrente apresentar recurso impugnando decisão, proferida com base em orientação da Corte, para confirmar esse posicionamento, que lhe é desfavorável. Dessa forma, a redação do texto legal está ilógica, pois o recorrente sempre oferecerá elementos para tentar mudar o posicionamento da Corte, cabendo ao Supremo Tribunal, no exame do mesmo, decidir por manter ou mudar seu entendimento.

Quanto ao item nº 2 do artigo 360bis, que determina que o recurso será inadmissível quando é manifestamente infundada alegação sobre a violação dos princípios normativos do devido processo, os críticos afirmam que o problema mais grave neste ponto é que a presença de aplicação de uma norma, processual ou material, conforme a jurisprudência, a Corte não considerará nenhum argumento sustentado pelo recorrente demonstrando a incompatibilidade com os princípios do devido processo. (LUISO, 2010)

Assim, a invalidade da decisão objeto de impugnação no recurso para Cassação somente nas hipóteses que, de um modo menos amplo, se fosse fazer reexaminar a noção de “violação dos princípios regulatórios do devido processo”. E consequentemente, eliminar a análise da exigência fundamental posta no princípio de legitimidade, o qual impõe que o exercício de cada poder do Estado, incluindo também o jurisdicional, seja submetida ao controle de um juízo. (LUISO, 2010)

Ainda na análise do item nº 2 do artigo 360*bis*, grande parte dos críticos sustentam a sua inconstitucionalidade. Como já foi dito, em 1948, a Constituição Italiana estabeleceu uma garantia geral em seu artigo 111, a de que qualquer cidadão possa apelar a Corte de Cassação contra decisão de autoridade judiciária que viole a lei, ou contra qualquer medida que restrinja a liberdade do indivíduo. (CARRATA, 2009)

Em resumo, os críticos sustentam que a exigência de se comprovar violação ao devido processo legal limitaria a garantia constitucional do artigo 111, parágrafo 7º, bem como excluiria ou limitaria o direito de ação, que também constitui garantia constitucional no artigo 24, §1º da Constituição Italiana. (ITÁLIA, 1947) <sup>2</sup>

A Corte de Cassação ,com a sentença n. 19.051, de 06 de setembro de 2010, aborda, pela primeira vez, a questão sobre o “filtro” previsto no novo artigo 360*bis* do código processual civil italiano. A pronúncia diz respeito a um recurso para regulamento facultativo de competência proposto impugnando sentença do Tribunal de Udine que declarou o estado de insolvência de uma empresa. O recurso, nos termos do artigo 376 do CPC italiano, foi atribuído a uma seção da Corte de Cassação instituída pela lei n. 69/2009. Em resumo, o relator, considerando a orientação de acordo com a decisão do Tribunal, propôs decisão da controvérsia nos termos do artigo 360*bis*, nº 1 do CPC italiano. (CASSAZIONE, 2010)

Essa decisão assume relevância jurídica, antes de tudo, por ser a primeira vez que o Tribunal Superior italiano propôs uma interpretação do artigo 360, nº 1 do código de rito, declarando o seguinte princípio de direito: “A Corte rejeita o recurso, porque é manifestamente infundado, se, no momento da pronúncia, a decisão de mérito se apresenta conforme a própria jurisprudência da Corte e o recurso não prospera argumentos para modificá-la”. (Cassazione, 2010)<sup>3</sup>

Neste sentido, a Corte de Cassação afirmou que se no momento da pronúncia da decisão, caso essa se apresente em conformidade com a jurisprudência da Corte, o recurso da parte deve ser declarado manifestamente sem fundamento, e não inadmissível ,como prevê o código de processo depois da reforma do processo civil, promovida pela lei n. 69 de 2009. A previsão de manifesta falta de fundamento deixa uma maior margem de manobra para o juiz, que pode entrar no mérito, mesmo que comprometa a eficácia das medidas deflacionárias defendidas pelo legislador.

---

<sup>2</sup> O artigo 24 da Constituição Italiana garante a qualquer pessoa agir em juízo em defesa dos próprios direitos e interesses legítimos. (ITÁLIA, 1947)

<sup>3</sup> O texto original da decisão: “*La Corte rigetta il ricorso, perché manifestamente infondato, se, a momento in cui pronuncia, la decisione di merito si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla*”

Assim, essa interpretação dada pela Corte, acalma os ânimos de alguns críticos, que não aceitavam o não conhecimento do recurso por falta de requisito de admissibilidade, quando a jurisprudência foi modificada pelo lapso temporal entre a interposição e o julgamento do recurso. Neste caso, uma argumentação que não seja capaz de modificar o entendimento da Corte de Cassação não impede uma decisão de mérito, mas sim, fornece elementos que justificam uma decisão de improcedência, ou de rejeição por falta de fundamento.<sup>4</sup>

Dessa forma, contrariando a redação e a intenção do legislador, a Corte interpretou o artigo 360*bis*, nº1 do código de processo civil italiano como ausência de fundamento e não como ausência de requisito de admissibilidade.

## 6. Considerações finais

Na atualidade, o processo civil da Itália possui graves e incômodos problemas que o país dos grandes processualistas ainda não conseguiu solucionar: a 157ª colocação no *ranking* mundial de efetividade da justiça, o gasto de 0,2% com a máquina no Judiciário, as inúmeras reformas processuais do último século, e ainda, ser o primeiríssimo país a sofrer condenações na Corte Européia de Justiça por violação ao direito humano à duração razoável do processo.

A reforma do Código de Processo Civil de 2009 decorre da necessidade do Estado italiano enfrentar essa dura realidade jurídica, promovendo uma reforma no Código de Rito para tentar acelerar a marcha processual, cujo aspecto mais polêmico foi a inserção do filtro de admissibilidade para o recurso de cassação, no artigo 360*bis*.

A redação do artigo 360*bis* foi uma das modificações feitas pelo Senado no texto original, e desde a sua aprovação é foco de inúmeras críticas. A interpretação dada pela Corte de Cassação afastou a intenção do legislador em interpretar o filtro do artigo 360*bis* como ausência de fundamento, o que possibilita a análise do mérito da impugnação.

A tentativa do legislador em “filtrar” o julgamento do mérito de inúmeros recursos não obteve êxito. É bem verdade que a interpretação da Corte, ao analisar o mérito e prolar princípios de direitos para formação de uma jurisprudência estável, na realidade, visa garantir a efetividade da prestação jurisdicional, mediante a unificação da jurisprudência e assim, de imediato garantir a segurança jurídica. E de forma

---

<sup>4</sup> Os julgadores claramente se posicionaram conforme a doutrina neste ponto: “*Ora, il giudizio che varrà a sorreggere la decisione della corte sarà in questo caso un giudizio di manifesta infondatezza e di manifesta infondatezza non del ricorso, ma dei suoi motivi e, di risulta, del ricorso: questa pare essere stata acquisizione comune della dottrina*”. (ITÁLIA, 2010)

mediata, a garantia a uma razoável duração do processo, uma vez que com os princípios de direitos prolatados, espera-se que os juízos inferiores sigam sua orientação.

Dessa forma, a reforma processual italiana de 2009, e consequentemente o filtro de admissibilidade para o recurso de cassação, com características exclusivamente técnico-normativas não pode ser considerada como única capaz de solucionar o problema da duração do processo civil. Para realizar-se um processo civil com duração razoável é necessário e indispensável intervenção no ordenamento e a organização do Judiciário.

Neste sentido, Proto Pisani (2009, p. 225) afirma que a reforma italiana de 2009 foi a “custo zero”, sendo imprescindível a intervenção na estrutura judiciária existente, principalmente: aumentar gradualmente os juízes togados, de modo que os juízes de primeiro grau e de apelo tenham uma carga não superior a 300-400 processos de conhecimento; proceder a uma revisão das comarcas judiciárias, seja por razões de eficiência, seja como sinal de vontade política; revitalizar o juiz de paz e em geral, dos juízes honorários mas, antes, fornecer um período de treinamento extenso e organizado para garantir um maior profissionalismo; criar gabinetes dos juízes: assim cada juiz poderia dispor de seu próprio secretário, que ficará incumbido de ajudar o magistrado na pesquisa de precedentes, na redação (cabecalho) das sentenças, etc., ou seja, em tudo que a se refere especificamente a atuação do juiz.

O entendimento de uma reforma além da letra da lei é compartilhado por Frederica Busetto (2011), que aponta a necessidade de se revisar a distribuição geográfica dos Tribunais, que se mantém inalterada desde os anos 90, bem como a necessidade de uma mudança cultural dos italianos, que segundo pesquisadores, é um povo excessivamente litigioso, com uma estatística de 4 procedimentos judiciais por 100 habitantes, sendo que na França esse número é metade.

Quanto ao filtro para o recurso de cassação, é certo que o legislador italiano tentou inserir no país uma tendência mundial de “filtrar” os recursos aos Supremos Tribunais, permitindo que esses apreciem apenas os recursos com questões com relevância jurídica. Atualmente, a Corte de Cassação está repleta de causas de pouca importância, onde muitas vezes já existe uma orientação consolidada.

Entretanto, o entendimento da Corte de Cassação foi por uma implementação de um adequado equilíbrio entre o direito das partes ao recurso para Cassação por violação de lei, conforme determinado no artigo 111 da Constituição italiana, e a concreta possibilidade do exercício da função do juízo de legitimidade e consequentemente, do respeito ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Os problemas do processo civil italiano da atualidade, sobretudo no que se refere à sua excessiva duração, não serão resolvidos com a criação de um “filtro” de admissibilidade para o recurso de cassação, de acordo com a interpretação dada pela Corte Suprema, ao entender o artigo 360*bis* como fundamento do mérito do recurso, e não apenas como requisito de admissibilidade, mas as reformas na legislação processual, que visem a celeridade do rito, aparentam ser um indício da melhoria do acesso à justiça tão esperada pelos jurisdicionados.

### Referências Bibliográficas:

BUSETTO, Frederica. Un pachiderma chiamato giustizia civile. **LeggiOggi.it**, Itália, 24 jun. 2011. Disponível em: < <http://www.leggioggi.it/2011/06/24/un-pachiderma-chiamato-giustizia-civile/>>

CAPPELLETTI, Mauro. Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile. In **Giurisprudenza, Dottrina e Legislazione**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1969.

CARRATA, Antonio. **Le nuove modifiche al giudizio in Cassazione ed “filtro” di ammissibilità del ricorso**. (versione provvisoria). In: CONGRESSO DI AGGIONAMENTO DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, 4, 2009, Roma. Disponível em: [www.consiglionazionaleforense.it/on-line/.../documento 1602.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/on-line/.../documento%201602.html)

CATALDI, Roberto. **Giustizia: ecco come cambia il processo civile. Dalle notifiche via email al “filtro” in cassazione**. Studio Cataldi, 29 maio 2009. Disponível em: <[http://www.studiocataldi.it/news\\_giuridiche\\_asp/news\\_giuridica\\_6997.asp](http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_6997.asp)>

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. **Il processo civile nello stato democratico. Saggi**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006.

DOING BUSINESS. Medindo regulamentações de negócios. **The World Bank**. Disponível em: < <http://portugues.doingbusiness.org/rankings>>

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrada. TARUFFO, Michelle. **Lezioni sul processo civile**. Il processo ordinario di cognizioni. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. **Le funzioni della Corte di Cassazione**. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/cassazione/cassazione.APS>>

ITÁLIA. Cassazione, Sezioni Unite. Recurso para Cassação. **Ordinanza 19.051, de 06 de setembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.litis.it/2010/09/20/un-limite-al-filtro-sui-ricorsi-per-cassazione-cassazione-civile-s-u-ordinanza-190512010/>>

\_\_\_\_\_. Costituzione (1947). **Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma: Senato della Repubblica, 1947. Disponível em: <[http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2\\_titolo4.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2_titolo4.html)>

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 40, de 02 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/index.html>

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 1443, de 28 de outubro de 1940**. Codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>

\_\_\_\_\_ **Lei nº 69, de 18 de junho de 2009.** Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività “nonché” in materia di processo civile. Disponível em: < <http://www.normattiva.it/>>

LUISO, Francesco P. **La prima pronuncia della Cassazione sul C.D. Filtro** (art. 360bis CPC). *Judicium*, 27 set, 2010. Disponível em: < [http://www.giur.uniroma3.it/Themes/forense/materiale/.../processuale%20civile/2011/10\\_LUIISO\\_Filtro\\_Cassazione\\_judicium\\_2010.pdf](http://www.giur.uniroma3.it/Themes/forense/materiale/.../processuale%20civile/2011/10_LUIISO_Filtro_Cassazione_judicium_2010.pdf)>

PISANI, Andrea Proto. Ancora una legge di riforma a costo zero del processo civile. **Il foro italiano**, Roma, ano 134, n.6, p. 221-226, 2009.

RUSCIANO, Silvia. **Il procedimento di Cassazione:** attività delle parti e poteri della Corte. 2006. 225 f. Tese (Dottorado em Diritto Processuale Civile) - Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

RUSSO, Rosario. **Cassazione con filtro e senza filtro, priorità decisionale, funzione e organizzazione nomofilattica.** *Judicium.*, [2009?] Disponível em: <http://www.judicium.it/admin/saggi/126/Russi.pdf>

SASSANI, Bruno. **2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione.** *Lex & Formazione*, 03 jun. 2009. Disponível em: < <http://www.lexform.it/aggiornamenti/bruno-sassani-ad-2009-ennesima-riforma-al-salvataggio-del-rito-civile-quadro-sommario-delle-novita-riguardanti-il-processo-di-cognizione/>>

## **O PRAZO PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA: ANÁLISE DO ART. 475-J DO CPC/73 E DO PL 8046/10**

*Matheus Vidal Gomes Monteiro*

Advogado; Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (2010); Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Veiga de Almeida - UVA (2008); Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Pesquisador e Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA.

**Resumo:** O presente trabalho visa identificar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da atual redação do artigo 475-J-CPC/73 e o início do prazo para pagamento voluntário no cumprimento definitivo da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Somando-se à análise da discussão atualmente existente, acompanhando a tramitação do PL 8046/10, buscou-se analisar como esse Projeto de Lei, comumente chamado de Anteprojeto do novo CPC, procurou solucionar as controvérsias doutrinárias, demonstrando seus acertos e equívocos com relação ao tema em questão.

**Abstract:** The present work aims to identify the doctrinal and jurisprudential debate about the current language of Article 475-J-CPC/73 and the beginning of the period for voluntary payment of the final fulfillment of the sentence to pay a certain amount. Adding to the analysis of currently existing discussion, following the course of PL 8046/10, we sought to examine how this Bill, commonly called the new CPC, sought to resolve doctrinal controversies, demonstrating their successes and mistakes with respect the issue at hand.

**Palavras-chave:** Cumprimento de sentença; quantia certa; pagamento voluntário.

**Keywords:** Fulfillment of sentence; right amount; voluntary payment.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. Blocos de entendimento sobre o atual art. 475-J do CPC/73. 2.1. Início do prazo com o trânsito em julgado da decisão. 2.2. Início do prazo com a intimação pessoal do devedor. 2.3. Início do prazo com a intimação do

devedor na pessoa de seu advogado. 3. A análise do PL 8046/2010 e a fase para pagamento voluntário do cumprimento definitivo da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## **1. Considerações iniciais**

A Lei nº. 11.232/05, que alterou o sistema de execução de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, criou o Capítulo X – Do cumprimento da sentença, inserindo, dentre outros dispositivos, o art. 475-J no CPC/73:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

[...]

Com o encerramento das votações no Senado Federal no dia 14 de dezembro de 2010, foi aprovado o Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/10 (Rel. Sen. Valter Pereira – PMDB/MS), o qual visa instituir o Novo Código de Processo Civil. E, ainda em dezembro de 2010, o PLS 166/10 foi recebido pela Câmara dos Deputados (recebendo o número 8046/2010), onde fora criada Comissão Especial destinada a proferir parecer acerca do mesmo.

Até o momento da elaboração do presente trabalho, não se teve notícias de qualquer movimentação legislativa durante a tramitação do PL 8046 que tenha promovido alteração de seu texto, que, por consequência, corresponde ao texto do PLS 166/10 já aprovado no Senado Federal. Portanto, as referências a que se faz no presente trabalho serão realizadas com foco para o PL 8046/10, lembrando-se que, até o presente momento, seu texto corresponde ao texto do PLS 166/10.

Desenvolvendo o objeto de nosso trabalho, temos a previsão do artigo 500 do PL 8046/10:

TÍTULO II  
DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA  
CAPÍTULO I  
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

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.<sup>1</sup> (grifo nosso)

Perceba-se, que diferentemente do que atualmente prevê o CPC (basicamente em seus artigos 475-I, 461 e 461-A), o art. 500 do PL 8046/10 traz a criação de disposições gerais aplicáveis ao cumprimento de sentença, uniformizando um conteúdo mínimo de regras processuais para tal fase processual.

Acompanhando, portanto, essa alteração legislativa que está por vir, abordaremos a respeito do marco inicial para o pagamento voluntário no cumprimento definitivo da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, tratando da evolução jurisprudencial e das concepções doutrinárias a respeito da atual redação do art. 475-J do CPC, até a análise de dispositivos do PL 8046/10 que tenham relação com o tema desenvolvido.

Para que possamos iniciar a discussão sobre o tema, precisamos partir de algumas premissas que nortearão a leitura deste trabalho: o prazo de 15 dias para o

---

<sup>1</sup> Com relação ao artigo 500 do PL 8046/10, este se aplica aos seguintes capítulos do Título II: Capítulo II – Do Cumprimento Provisório da Sentença Condenatória em Quantia Certa; Capítulo III – Do Cumprimento Definitivo da Sentença Condenatória em Quantia Certa; Capítulo VI – Da Sentença Condenatória de Fazer, Não Fazer ou Entregar Coisa. De início, nos parece que diante da redação do art. 500 este se encontra em dissonância com o verbete da Súmula 410 do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, pois, para o cumprimento de sentença das obrigações de fazer / não fazer o PL 8046 não trouxe nenhum critério especial, aplicando-se, portanto, seu artigo 500 e a regra geral quando o executado tiver advogado: intimação pelo Diário de Justiça (Diário Oficial), na pessoa do advogado. Já com relação ao cumprimento de sentença envolvendo a obrigação de prestar alimentos, o PL 8046 trouxe regra especial: “art. 514. No cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.” (grifo nosso)

cumprimento voluntário só terá início quando tivermos uma sentença condenatória ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, e abordaremos somente os casos de sentença com trânsito em julgado, ou seja, não incluiremos os casos de execução provisória, existindo, atualmente (ainda sobre a redação atual do CPC/73), intensa discussão sobre a aplicação de tal prazo à mesma e a inclusão da multa de 10%.<sup>2</sup>

Portanto, a partir da atual redação do art. 475-J do CPC, iremos destacar as posições daqueles que entendem que o prazo para cumprimento voluntário inicia-se a partir do trânsito em julgado da decisão (I), da intimação pessoal do devedor (II), ou da intimação do devedor na pessoa de seu advogado (III), concluindo com a análise do PL 8046/10 e realizando algumas observações (IV).

## **2. Blocos de entendimento sobre o atual art. 475-J do CPC/73**

Trataremos, nos itens que se seguem, dos entendimentos doutrinários e da evolução jurisprudencial que surgiram com a modificação legislativa que incluiu o art. 475-J do CPC/73, conforme sua redação atual.

### **2.1. Início do prazo com o trânsito em julgado da decisão**

Existe entendimento de que o prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário deve ter seu início a partir do trânsito em julgado da sentença.<sup>3</sup> Tais autores entendem que o art. 475-J do CPC/73 não previu marco inicial para a contagem dos 15 dias, devendo o mesmo se iniciar no momento que, em regra, a sentença está apta a produzir seus efeitos: com o trânsito em julgado.

Tal interpretação, em decorrência de não prever a prática de nenhum outro ato processual de comunicação, fundamenta-se também na modificação trazida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, que introduziu expressamente no texto constitucional o princípio da razoável duração e da celeridade do processo.<sup>4</sup>

Este entendimento veio a ser acolhido pela 3ª Turma do STJ quando do julgamento do RESP nº. 954.859, no dia 16 de agosto de 2007:

---

<sup>2</sup> Cumpre esclarecer que o §1º do art. 506 do PL 8046/10 traz expressamente a previsão de que a multa de 10% prevista para o não pagamento no prazo de quinze dias (conforme o §º do art. 509) aplica-se ao cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Extinguindo, portanto, a discussão atual sobre o tema.

<sup>3</sup> Por todos, vide ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>4</sup> CF/88, Art. 5º, LXXVIII – a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consoma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.

2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.

3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.<sup>5</sup>  
(grifo nosso)

Acompanhando este mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por ato de sua Corregedoria-Geral, editou o Provimento nº. 20/2006<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Acompanhando o entendimento da desnecessidade de intimação do devedor, temos, dentre outros julgados, os seguintes: o julgamento do AgRg no RESP 1.074.563-RS, no dia 04 de maio de 2009, e do RESP 1.084.866-RJ, no dia 03 de setembro de 2009, pela Primeira Turma; o julgamento do EDcl no REsp 1087606 / RJ, no dia 18 de junho de 2009, pela Segunda Turma; julgamento do AgRg no RESP 1.134.944-RS, pela Terceira Turma, no dia 17 de novembro de 2009, confirmando o entendimento demonstrado no mês de agosto de 2007; julgamento do AgRg no Ag 1.047.052 em 06 de agosto de 2009, e julgamento do AgRg no RESP 1.080.716 – RJ em 1º de dezembro de 2009, ambos julgados pela Quarta Turma.

<sup>6</sup> “Considerando o advento da Lei federal nº 11.232/05, que acrescentou o artigo 475-J ao Código de Processo Civil, impondo multa de dez por cento àquele que, condenado ao pagamento de quantia certa ou já estabelecida em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias;  
Considerando a possibilidade de interpretação no sentido de que a fluência desse prazo se dê a partir do trânsito em julgado e quando os autos ainda se encontrem no Tribunal;  
Considerando a competência do juízo de 1º grau para os atos de cumprimento da sentença, salvo quando o processo se origine no Tribunal,  
Considerando, por fim, que a falta de regulamentação pode acarretar o direcionamento de petições ao 2º grau, gerando atos desnecessários e que possam retardar a celeridade processual pretendida a partir da alteração legislativa, artigo 475-P, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Resolve prover:

Art. 1º - a parte que pretenda promover, *por sua conta e risco*, depósito em conta judicial, para não responder pela multa a que alude o artigo 475-J, caput, do código de processo civil, deverá fazê-lo no juízo de 1º grau, ainda que os autos se encontrem no Tribunal, salvo nas hipóteses em que o processo seja da competência originária do Tribunal de Justiça, caso em que o depósito será feito diretamente no 2º Grau.

Parágrafo único - a expedição de guia para depósito pela serventia judicial será feita à vista dos elementos de cálculo fornecidos pelo devedor.

Art. 2º - A realização do depósito será imediatamente comunicada, por petição, ao juízo de 1º grau ou ao relator do processo, conforme se trate das hipóteses do caput do artigo anterior.

Parágrafo único – Realizado o depósito e recebida a petição instruída da guia, após intimação do credor proceder-se-á à autuação destes documentos, como expediente avulso com o mesmo número do processo de conhecimento (numeradas as folhas no canto inferior direito), procedendo-se a respectiva anotação no sistema informatizado (até liberação do sistema Themis informar no campo ‘observações’ e ‘local dos autos’ que o processo de conhecimento está em 2º grau). Havendo pedido de liberação do valor depositado pelo credor, será este juntado ao expediente e submetido à apreciação judicial. Cópia do alvará

disciplinando a questão em seu respectivo âmbito de atribuição e adotando o trânsito em julgado como termo inicial para o cumprimento voluntário da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, ou já fixada em liquidação.

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ao entregar relatório ao Presidente do Senado Federal no mês de fevereiro de 2010, sobre a primeira fase de debates realizados, fez menção expressa ao tema discutido no presente trabalho, encampando, naquele momento inicial, o entendimento do presente item:

O cumprimento da sentença por quantia certa é auto-executável, dispensando a intimação do executado após o transcurso do prazo referido no art. 475-J, incidindo os consectários referidos transcorrido o prazo legal, após o trânsito em julgado da decisão.<sup>7</sup>

Porém, como será demonstrado, esse não foi o posicionamento adotado quando da elaboração e entrega do texto final do Anteprojeto do CPC pela respectiva Comissão de Juristas, e também, não foi o entendimento adotado quando da aprovação do texto final do Anteprojeto pelo Senado Federal (PLS 166/10).

## 2.2. Início do prazo com a intimação pessoal do devedor

Diversamente do entendimento anteriormente demonstrado, existem autores que sustentam que o prazo de 15 dias inicia-se com a intimação pessoal do devedor para cumprir o comando (condenatório ao pagamento de quantia certa) da sentença<sup>8</sup>, e

---

expedido também deverá permanecer entranhada ao expediente até retorno do processo de conhecimento, quando serão, as peças, a este juntadas e numeradas da forma usual, descartando-se a capa.

Art. 3º – A pretensão liberatória e a ordem de levantamento em favor do credor sujeitam-se a exclusivo critério jurisdicional, inclusive quanto à apresentação de cópias para tanto necessárias, quando feito o depósito origem e os autos do processo não estiverem na serventia."

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Provimento Nº 20/06-CGJ DESEMBARGADOR JORGE LUÍS DALL'AGNOL CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA - publicado no dj nº 3.399, fl. 02, de 24-07-2006). Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/legisla/publ\\_adm\\_xml/documento1.php?cc=10&ct=16&ap=2006&np=20&sp=1](http://www.tj.rs.gov.br/legisla/publ_adm_xml/documento1.php?cc=10&ct=16&ap=2006&np=20&sp=1)>.

<sup>7</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, 160 p. Relatório apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss\\_Juristas\\_Novo\\_CPC.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf).

<sup>8</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 115; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Revista de Processo, São Paulo: Forense, V. 31, n. 136, jun. 2006; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do início do prazo para o cumprimento da sentença: breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1511, 21 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10309>>. Acesso em: 25 out. 2007. BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Início do prazo para pagamento voluntário de sentença*

inicialmente fundamentam tal interpretação no art. 240 do CPC<sup>9</sup> (que constitui a regra para o início da contagem dos prazos para as partes). Com isso, pela ausência de dispositivo especial contrário à regra geral do referido artigo no texto do art. 475-J do CPC, tem-se como necessária a intimação para o início da fluência do prazo.

Com relação à modalidade de intimação a ser efetuada, por se tratar de comando para a realização de um ato que cabe à parte pessoalmente praticar, com o trânsito em julgado da sentença o devedor deverá ser intimado pessoalmente para cumpri-la, conforme a previsão do art. 238 do CPC<sup>10-11</sup>.

Assim, tal interpretação acompanharia os casos de tutela das obrigações de fazer (art. 461), de não fazer (art. 461) e de dar coisa (art. 461-A), que requerem intimação pessoal do devedor para que seja iniciado o marco para cumprimento da obrigação, e seu possível descumprimento com a aplicação da multa coercitiva<sup>12-13</sup>, completando a harmonia do sistema adotado pelas reformas legislativas, chamado de sincretismo das tutelas.<sup>14-15</sup> Tal entendimento encontra-se atualmente demonstrado no verbete 410 da

---

*condenatória. Análise dos artigos 475-B e 475-J do CPC.* Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2101, 2 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12567>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

<sup>9</sup> Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.

<sup>10</sup> Art. 238. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

<sup>11</sup> Nos dizeres de Janete Ricken Lopes de Barros: “Ao lado de questionamentos quem deverá ser intimado para o pagamento no cumprimento de sentença, é importante ressaltar o que são as obrigações pessoais tratadas no Direito civil, que vinculam uma pessoa à outra, através das declarações de vontade e da lei, tendo por objeto determinada prestação. [...] A obrigação, portanto, corresponde à relação de natureza pessoal, quer seja, só a própria pessoa vinculada à relação é que está obrigada ao cumprimento da prestação. Assim, não há que se falar em intimação do advogado, Defensor Público, ou publicação em Diário Oficial, para o pagamento da condenação.” In BARROS, Janete Ricken Lopes de, *op. cit.*

<sup>12</sup> Sobre a multa das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa: “A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às ‘astreintes’ do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única.” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Execução*. Vol. 5. Salvador: JusPodium, 2009c, p. 442.

Sobre a natureza da multa de 10% do art. 475-J do CPC: “O legislador instituiu uma multa legal com o objetivo de forçar o cumprimento voluntário da obrigação pecuniária. Trata-se de medida de coerção indireta prevista em lei, que dispensa manifestação judicial: é hipótese de sanção legal pelo inadimplemento da obrigação. A multa tem, assim, dupla finalidade: servir como ‘contramotivo’ para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção).” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009c, p. 515.

<sup>13</sup> Sobre o entendimento do STJ acerca da necessidade de intimação pessoal para o início do prazo para cumprimento da obrigação de fazer e posterior aplicação de multa por descumprimento, vide AgRg no REsp 1.067.552/MG, julgado em 06 de outubro de 2009; AgRg nos EDcl no REsp 1.067.903/RS, julgado em 21 de outubro de 2008; AgRg no REsp 993.209/SE, julgado em 18 de março de 2008.

<sup>14</sup> Conforme conteúdo do voto do Min. Herman Benjamin, quando do julgamento do AgRg no REsp 1.067.552-MG: “As *astreintes* constituem multa de caráter eminentemente coercitivo, cuja fixação é faculdade do magistrado, devidas apenas após a intimação do devedor para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer determinada em sentença no processo de conhecimento e somente na hipótese de

súmula da jurisprudência dominante do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

Outro argumento para os que defendem a necessidade de intimação pessoal do devedor é de que o art. 475-J do CPC, em seu *caput*, não previu a intimação na pessoa do advogado para o cumprimento de sentença, e, seu parágrafo primeiro assim o fez<sup>16</sup>, trazendo a necessidade de intimação do executado na pessoa de seu advogado para o oferecimento de impugnação, pois lhe falta capacidade postulatória para a prática do ato, o que não lhe falta para que efetue o pagamento. Resumindo: o §1º do art. 475-J do CPC/73 traz uma exceção à regra geral do art. 238 e 240, já o *caput* do art. 475-J não, aplicando-se, portanto, a regra geral para o início dos prazos: a partir da intimação.

Forte argumento também trazido por aqueles que defendem a necessidade de intimação pessoal do devedor consiste na situação dos assistidos pela Defensoria Pública.<sup>17</sup> Argumenta-se que se não exigirmos um comunicado ao devedor (intimação pessoal), com o intuito de informá-lo da necessidade de realizar o pagamento de quantia certa (e, principalmente, alertando-o para a penalidade da multa de 10% sobre o valor em caso de não pagamento), estaríamos gerando alto risco de prejuízo aos devedores assistidos pela Defensoria Pública, e transferindo, aos Defensores Públicos o dever de realização do comunicado descrito acima.

---

recalcitrância do obrigado no adimplemento dentro do prazo estipulado. (Cf. STJ, RESP 490.228/RS, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 31/05/2004; RESP 518.155/RS, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 28/04/2004; RESP 647.175/RS, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJ 29/11/2004; RESP 585.460/RS, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 17/11/2003; AgRg no AG 494.231/SP, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, DJ 08/09/2003; RESP 298.067/SP, Sexta Turma, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 13/05/2002; RESP 110.344/RJ, Terceira Turma, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 14/08/2000 [...].” (grifo nosso)

<sup>15</sup> Sobre a necessidade de se estabelecerem critérios claros para a determinação e uniformização do tratamento dos arts. 461, 461-A e 475-J, a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil também percebeu o ponto, ao afirmar que se torna necessário: “Redefinir, com clareza, o termo *a quo* de contagem do prazo a que se refere o atual artigo 475-J do Código de Processo Civil para a incidência da multa, estabelecendo critérios claros e uniformes para os casos atualmente previstos nos atuais artigos 461, 461-A e 475-J do Código de Processo Civil.” Relatório apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss\\_Juristas\\_Novo\\_CPC.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf).

<sup>16</sup> Art. 475-J. [...]

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (grifo nosso)

<sup>17</sup> Assim Janete Ricken Lopes de Barros: “A presente questão [sobre a necessidade de intimação do devedor ou de seu advogado] apresenta necessidade de maiores discussões na comunidade jurídica, principalmente ao se tratar de devedor assistido pela Defensoria Pública.” In BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Op. cit.*

Atento a determinadas situações de desigualdade no âmbito processual, o ordenamento jurídico em diversas passagens concede tratamento diferenciado ao Ministério Público, às Defensorias Públicas e à Fazenda Pública, demonstrando que não lhes pode tratá-los igualmente aos advogados constituídos, sob pena de prejudicar não ao representante, e sim, àqueles a quem representam.<sup>18</sup>

Com relação ao Anteprojeto do Novo CPC, o entendimento inicialmente adotado pela Comissão de Juristas foi do início do prazo para cumprimento a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória ao pagamento de quantia certa (ou já fixada em liquidação). Porém, quando da entrega da redação final do Anteprojeto pela Comissão de Juristas, o entendimento adotado, já alterado, foi o da necessidade da intimação pessoal do devedor como regra geral, conforme exposto no art. 490 de seu texto:

Art. 490. A execução da sentença proferida em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação independe de nova citação e será feita segundo as regras deste Capítulo, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro III deste Código.

§ 1º A parte será pessoalmente intimada por carta para o cumprimento da sentença ou da decisão que reconhecer a existência de obrigação.

§ 2º A execução terá início independentemente da intimação pessoal nos casos de revelia, de falta de informação do endereço da parte nos autos ou, ainda, quando esta não for encontrada no endereço declarado.

§ 3º Findo o prazo previsto na lei ou na sentença para o cumprimento espontâneo da obrigação, seguir-se-á, imediatamente e de ofício, a sua execução, salvo se o credor expressamente justificar a impossibilidade ou a inconveniência de sua realização.

[...]

(grifo nosso)

No entanto, assim como será demonstrado adiante, este não foi o entendimento adotado pelo Senado quando da revisão e aprovação do texto final do Anteprojeto do Novo CPC, não prevalecendo nem o início do prazo de 15 dias a contar do trânsito em julgado, nem a contar da intimação pessoal do devedor para o pagamento voluntário.

---

<sup>18</sup> Como exemplos de prerrogativas concedidas: art. 188; 236, §2º; 302, p.ú. do CPC; Lei Complementar 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 44, I, VI, IX); Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização do Ministério Público da União (art. 18, II, “h”).

### 2.3. Início do prazo com a intimação do devedor na pessoa de seu advogado

Partindo também da combinação entre os arts. 238 e 240 do CPC/73, outros autores entendem como necessária a intimação do devedor para que o mesmo cumpra o comando condenatório da sentença, porém, tal intimação deve ser dirigida à pessoa de seu advogado, através da imprensa oficial.<sup>19</sup>

Acompanhando a necessidade da intimação para a fluência do prazo, tais autores descartam a possibilidade de intimação pessoal, pois a Lei nº. 11.232/05 (que criou o art. 475-J) resolveu prestigiar o princípio da celeridade extinguindo a figura da citação em tal modalidade de execução. E, se analisarmos os institutos da citação e intimação pessoal podemos chegar a dizer que na prática, trocá-los, não lhes altera a forma da realização do ato, e se procederá a uma interpretação da norma processual que irá contrariar os próprios motivos de sua criação.

Sendo assim, a citação e intimação realizadas de forma pessoal ao devedor, na prática, possuem os mesmos obstáculos para serem efetivadas, consistindo em atentado à simplificação do processo a exigência, após a edição da Lei 11.232/05, da realização da intimação pessoal para o início do prazo para cumprimento voluntário no caso da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.<sup>20</sup>

Como visto, a necessidade da intimação torna-se imperiosa em decorrência da norma do art. 240 do CPC, e também, pelo fato da regra do *caput* do art. 475-J do CPC não ter previsto qualquer exceção às regras gerais dispensadas para o início dos prazos processuais. Contudo, acerca da modalidade da intimação a ser realizada, tem-se como regra geral a intimação do devedor na pessoa de seu advogado para o início do prazo de 15 para cumprimento voluntário do comando da sentença em questão.

Este entendimento veio a ser acolhido pela Corte Especial do STJ, quando do julgamento do RESP n. 940.274-MS, em 07 de abril de 2010, que por maioria entendeu

---

<sup>19</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC* na redação da Lei n. 11.232/2005. Disponível em: [http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Varia%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20cumprimento%20da%20senten%C3%A7a%20\\_RT\\_.pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Varia%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20cumprimento%20da%20senten%C3%A7a%20_RT_.pdf). Acesso em: 03 out 2011.

“Parece que a melhor interpretação é a que exige a intimação do devedor, que pode ser feita pela imprensa oficial, dirigida ao seu advogado, consoante a tendência que se vem firmando em nosso ordenamento (p. ex.: arts. 57, 316, 475-A, §1º, 659, §5º etc.).” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009c, p. 516.

<sup>20</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários aos artigos 475-I e 475-J do CPC*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. (Org.). *A Nova Execução: Comentários a Lei 11.232, de 22-12-2005*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 95.

como sendo necessária a intimação do devedor na pessoa do advogado, após o trânsito em julgado, eventual baixa dos autos ao juízo de origem e a aposição do “cumpra-se”.<sup>21</sup>

Este mesmo entendimento veio a ser adotado como regra geral pelo Projeto de Lei 166/10 (Rel. Sen. Valter Pereira – PMDB/MS), que foi substitutivo do Projeto apresentado pela Comissão de Juristas, que em seu artigo 500 prevê:

TÍTULO II  
DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA  
CAPÍTULO I  
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

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;

---

<sup>21</sup> CUMPRIMENTO. SENTENÇA. INTIMAÇÃO. Tratou-se de REsp remetido pela Terceira Turma à Corte Especial, com a finalidade de obter interpretação definitiva a respeito do art. 475-J do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 11.232/2005, quanto à necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de sentença referente à condenação certa ou já fixada em liquidação. Diante disso, a Corte Especial entendeu, por maioria, entre outras questões, que a referida intimação deve ser feita na pessoa do advogado, após o trânsito em julgado, eventual baixa dos autos ao juízo de origem, e a aposição do “cumpra-se”; pois só após se iniciaria o prazo de quinze dias para a imposição da multa em caso de não pagamento espontâneo, tal como previsto no referido dispositivo de lei. Como destacou o Min. João Otávio de Noronha em seu voto vista, a intimação do devedor mediante seu advogado é a solução que melhor atende ao objetivo da reforma processual, visto que não comporta falar em intimação pessoal do devedor, o que implicaria reeditar a citação do processo executivo anterior, justamente o que se tenta evitar com a modificação preconizada pela reforma. Aduziu que a dificuldade de localizar o devedor para aquela segunda citação após o término do processo de conhecimento era um dos grandes entraves do sistema anterior, por isso ela foi eliminada, conforme consta, inclusive, da exposição de motivos da reforma. Por sua vez, o Min. Fernando Gonçalves, ao acompanhar esse entendimento, anotou que, apesar de impor-se ônus ao advogado, ele pode resguardar-se de eventuais acusações de responsabilidade pela incidência da multa ao utilizar o expediente da notificação do cliente acerca da necessidade de efetivar o pagamento, tal qual já se faz em casos de recolhimento de preparo. A hipótese era de execução de sentença proferida em ação civil pública na qual a ré foi condenada ao cumprimento de obrigação de fazer, ao final convertida em perdas e danos (art. 461, § 1º, do CPC), ingressando a ora recorrida com execução individual ao requerer o pagamento de quantia certa, razão pela qual o juízo determinou a intimação do advogado da executada para o pagamento do valor apresentado em planilha, sob pena de incidência da multa do art. 475-J do CPC. Precedentes citados: REsp 954.859-RS, DJ 27/8/2007; REsp 1.039.232-RS, DJe 22/4/2008; Ag 965.762-RJ, DJe 1º/4/2008; Ag 993.387-DF, DJe 18/3/2008, e Ag 953.570-RJ, DJ 27/11/2007. REsp 940.274-MS, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7/4/2010. (Informativo n. 0429 do STJ, Período: 5 a 9 de abril de 2010)

II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou não tiver procurador constituído nos autos;<sup>22</sup>

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.

(grifo nosso)

Portanto, com a análise do art. 500, vê-se que a regra geral adotada pelo PLS 166/2010 (atualmente corporificado no PL 8046/10, na Câmara dos Deputados), foi a da necessidade de intimação na pessoa do advogado para o início do prazo para cumprimento voluntário, com duas exceções: a da intimação por carta na modalidade A.R., quando o devedor estiver representado pela Defensoria Pública ou quando não possuir procurador constituído nos autos; e a intimação por edital, no caso do devedor ter sido revel na fase de conhecimento.

Trataremos, no próximo item, de algumas disposições do PL 8046/10 que influenciam diretamente a aplicação deste art. 500, a respeito do início do prazo para cumprimento voluntário na fase de cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, unindo os entendimentos doutrinários expostos acima e traçando algumas observações a respeito do tema.

### **3. A análise do pl 8046/2010 e a fase para pagamento voluntário do cumprimento definitivo da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa**

Conforme a análise dos posicionamentos atuais, após a demonstração dos principais entendimentos sobre o tema e de seu desenvolvimento jurisprudencial, demonstrou-se também, que o PLS 166/2010 (em sua versão aprovada pelo Senado) trouxe a previsão da necessidade da intimação do devedor na pessoa de seu advogado, como regra geral, para o início do prazo para pagamento voluntário, texto este que se mantém, até o presente momento, no PL 8046/10.

Contudo, cabe lembrar que da entrega do Relatório sobre os trabalhos da Comissão de Juristas encarregada de elaborar a primeira redação do Anteprojeto do Novo CPC, passando-se pela entrega do Anteprojeto pela referida Comissão e a aprovação do texto final pelo Senado, adotaram-se todos os três entendimentos descritos acima (como regra geral), inicialmente, admitindo-se o trânsito em julgado,

---

<sup>22</sup> Cumpre esclarecer a redação do artigo 247 do PLS 166/2010: “A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.” E ainda a previsão de seu parágrafo segundo: “Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada por hora certa, na forma do art. 221 a 223.”

posteriormente a intimação pessoal do devedor, concluindo a opção legislativa (Senado) pela intimação do devedor na pessoa do advogado.

De acordo com as previsões do atual PL 8046/10, concordamos com aqueles que defendem, como regra geral, a necessária intimação do devedor na pessoa do advogado para início da fluência do referido prazo, assim como previsto na redação final do referido Projeto de Lei, porém com algumas ponderações.

Desta feita, dividiremos os casos onde teremos como regra geral, a intimação do devedor na pessoa de seu advogado, e, em algumas exceções, a intimação pessoal do devedor para o início da fase de pagamento voluntário.<sup>23</sup> Para a realização desta análise das diferenciações, numa visão constitucional inicial, recorre-se à análise acerca do direito fundamental<sup>24</sup> à igualdade substancial<sup>25</sup>, em especial, inicialmente, no que se refere àquele assistido pela Defensoria Pública.

---

<sup>23</sup> Concordamos, também, com as demais exceções previstas pelo inciso III, do §2º, e pelo §3º do art. 500 do PL 8046/2010. Porém, por consistirem em situações específicas cujas discussões situam-se em outro âmbito de análise (mais casuística), não as abordaremos no presente trabalho.

<sup>24</sup> Identificando também como um direito fundamental, não como mero princípio processual da igualdade: “A aplicação das normas constitucionais processuais, especialmente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais, deve pautar-se nas seguintes premissas: i) os princípios são normas jurídicas, com força normativa imediata; ii) são normas garantidoras de direitos fundamentais e, portanto, toda a teoria dos direitos fundamentais deve ser-lhes aplicada.” In DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 1. Salvador: JusPodium, 2009a, p. 22. “Partir da premissa de que existe um *direito fundamental à tutela executiva* é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo.” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, 2009c, p. 47.

Sobre a normatividade dos princípios, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 80 e seguintes. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995, p. 116 e seguintes. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 Ed. 3 Tir. São Paulo: Malheiros, 2005. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 1, Teoria Geral do Processo*. 3 ed. Ver. E atual. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46 e seguintes.

<sup>25</sup> Está a se falar acerca do princípio jurídico da igualdade substancial, em superação ao princípio jurídico da igualdade formal. A igualdade formal constituiu uma das bases do Estado (liberal) de Direito, que surge como forma de limitar o exercício do poder soberano, buscando uma igualdade dos sujeitos perante a lei, com as características inerentes à doutrina liberal: generalidade e abstração da lei. A lei deveria ser abstrata e geral para que não viesse a discriminar ninguém, tratando todos de maneira igual, sem a criação de privilégios ou distinções. A ausência da preocupação com a desigualdade de fato existente entre os sujeitos que eram formalmente iguais perante a lei, passa a gerar um diferente processo discriminatório aos socialmente desfavorecidos, gerando para o Estado não a necessidade de olhar de forma abstrata e genérica para os indivíduos, e sim, analisá-los de forma concreta acompanhando as diferenças geradas pelas relações sociais. Esse abandono dos ideais liberais faz com que o Estado passe a ser atuante no sentido de produzir igualdades reais, de fato, e não de direitos (formal). Na doutrina processual, tem-se a chamada “paridade de armas”, denominação utilizada para a aplicação da igualdade substancial na relação jurídica processual.

O PL 8046/10, com suas disposições na Parte Geral, já impõem ao magistrado a necessidade de interpretação e aplicação<sup>26</sup> da lei (e também, logicamente, do próprio Código de Processo Civil) seguindo as diretrizes abaixo:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (grifo nosso)

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. (grifo nosso)

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório. (grifo nosso)

Como estamos a discutir uma relação jurídica processual que tem por substrato uma relação jurídica de direito material, precisamos nos atentar também para as condições sócio-econômicas das partes envolvidas, para evitarmos que um processo seja utilizado com injustiça, objetivando-se alcançar benefícios econômicos (na imensa maioria dos casos) ao sacrifício de direitos fundamentais.<sup>27</sup>

Diante deste panorama, encampando o entendimento demonstrado pelo PL 8046/10 em seu art. 500, entendemos como mais adequado estabelecer a necessidade da intimação do devedor na pessoa de seu advogado para o início da fluência do prazo para pagamento voluntário, como sendo a regra geral; e, numa primeira distinção (como o PL 8046/10 assim o faz), a necessidade da intimação pessoal do devedor, no caso do

---

<sup>26</sup> Não está a se falar que apenas em decorrência do fato de existir previsão legislativa que autoriza / determina que o magistrado realize uma aplicação / interpretação das leis conforme a Constituição, que essa poderá / deverá realizar-se. No entanto, não há como negar que essa previsão fortalece essa realização.

<sup>27</sup> Percebendo a questão, Des. Orlando Secco: “Isto porque, são visíveis e conhecidas as limitações que existem no âmbito do patrocínio gratuito pela Defensoria Pública quanto ao aspecto da comunicação com os assistidos, a qual, muitas vezes, é difícil ou mesmo impossível por falta de recursos, pelo que não se afigura razoável, no caso *sub examen*, sobrepor-se a filosofia sincretista a qualquer custo, sob pena de infringência de postulados processuais de índole Constitucional (Ampla Defesa e Contraditório), especialmente pelo fato de que cabe à parte e não ao seu defensor- suportar os ônus do não cumprimento.” Texto do voto do Des. Orlando Secco, integrante da Oitava Câmara Cível do TJ/RJ, no julgamento como Relator do Agravo de Instrumento n. 23651/2009.

mesmo ser assistido da Defensoria Pública. Deste modo estabelece-se uma regra geral, e, por exceção, tratamento diferenciado para os assistidos pela Defensoria Pública.

O entendimento demonstrado acima já pode ser notado, numa análise jurisprudencial (mesmo que restrita) por diversas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>28</sup>, acerca da atual redação do art. 475-J do CPC/73.

E atento a este aspecto, a esta sensível situação da Defensoria Pública, o PL 8046 lhe entregou a possibilidade de, no caso de ato que venha a ser praticado pela parte (de maneira geral, e não apenas restrito ao cumprimento de sentença), requerer a intimação pessoal da parte para o seu cumprimento (art. 161, §3º, PL 8046/10)<sup>29</sup>:

## TÍTULO VIII DA DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 160. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Parágrafo único. A representação processual pela Defensoria Pública gera a presunção relativa de hipossuficiência da parte.

Art. 161. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público.

§ 2º Quando necessário, a intimação a que se refere o §1º será acompanhada da vista pessoal dos autos.

§ 3º O juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada, a requerimento da Defensoria Pública, no caso de o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser prestada.

§ 4º O disposto no caput deste artigo se aplica aos escritórios de prática jurídica das faculdades de direito reconhecidas na forma

---

<sup>28</sup> Para análise: 0014795-94.2009.8.19.0000 (2009.002.16806) - Agravo De Instrumento - 1ª Ementa Des. Nametala Machado Jorge - Julgamento: 02/09/2009 - Décima Terceira Câmara Cível; 0050744-82.2009.8.19.0000 (2009.002.39963) - Agravo De Instrumento - 1ª Ementa Des. Carlos Eduardo Moreira Silva - Julgamento: 15/10/2009 - Nona Câmara Cível; 0002659-65.2009.8.19.0000 (2009.002.09704) - Agravo De Instrumento - 1ª Ementa Des. Antonio Carlos Esteves Torres - Julgamento: 26/05/2009 - Décima Segunda Câmara Cível ;2007.002.16138 - Agravo De Instrumento; Des. Ricardo Couto - Julgamento: 13/08/2007 - Terceira Câmara Cível.

<sup>29</sup> Ressalta-se, que desde a redação do texto Anteprojeto do CPC, apresentado pela Comissão de Juristas, já havia a previsão dessa possibilidade, conforme pode ser visto no art. 93 do referido documento.

da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com a Defensoria Pública.

Art. 162. O membro da Defensoria Pública será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou fraude.

(grifo nosso)

Como visto, de maneira geral durante o andamento do processo, a Defensoria Pública possui a faculdade de requerer ao juiz a realização da intimação pessoal de seu assistido, nos casos em que o ato processual que deva ser praticado dependa de providência ou informação que somente possa ser prestada pelo mesmo (art. 161, §3º, do PL 8046/10); e, de maneira especial, com relação ao cumprimento de sentença (inclusive da sentença condenatória em quantia certa), independentemente de requerimento ao juiz, já existe a previsão da intimação pessoal do devedor assistido pela Defensoria Pública por carta com aviso de recebimento (art. 500, §2º, II, do PL 8046/10).

Diante deste panorama, mesmo que não tivéssemos a previsão específica na fase de cumprimento de sentença, tornar-se-ia perfeitamente aplicável a possibilidade criada pelo §3º do art. 161 da Parte Geral do PL 8046/10 às disposições relativas ao cumprimento de sentença, relembrando, também, as outras modalidades da realização da intimação pessoal, além da modalidade de carta com aviso de recebimento: como a realização por oficial de justiça, e até, em sendo necessário, por hora certa.<sup>30</sup>

Importante destacar a necessidade da intimação pessoal do devedor (para o cumprimento da sentença condenatória em quantia certa) nos casos em que, mesmo não estando assistido pela Defensoria Pública, este necessite desta discriminação positiva por se tratar de situação similar à referida instituição, como nos casos dos advogados dativos, escritórios modelo etc.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Art. 247 do PL 8046/2010. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.

§ 1º A certidão de intimação deve conter:

I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de sua carteira de identidade e o órgão que a expediu;

II - a declaração de entrega da contrafé;

III - a nota de ciência ou a certidão de que o interessado não a apôs no mandado.

§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada por hora certa, na forma do art. 221 a 223.

<sup>31</sup> Acerca de discussão específica sobre esse tratamento isonômico, esclarece-se que é jurisprudência atualmente pacífica do STJ que o prazo em dobro para interposição de recursos é destinado apenas aos Defensores Públicos, i.e., aqueles que integram o serviço de assistência judiciária gratuita estadual, não se aplicando a advogados dativos e nem no caso de existência de convênio entre a Procuradoria Geral

Tivemos um avanço a respeito desta questão, pois o PL 8046/10 prevê (contrariamente à jurisprudência atual do STJ sobre o tema) o prazo em dobro para todas as manifestações processuais, nos casos dos Escritórios de Prática Jurídica e entidades de assistência gratuita com convênios com a OAB ou Defensoria Pública (art. 161 §4º, do PLS 166/2010).<sup>32</sup>

No entanto, com a leitura atenta do §4º, do art. 161 do PL 8046/10, nota-se que o mesmo não outorgou aos Escritórios de Prática Jurídica (e aos outros descritos no respectivo parágrafo) a possibilidade de requerer ao magistrado a realização da intimação pessoal do devedor para realização de certos atos (como, por exemplo, o cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa), restringindo aos listados no §4º do art. 161, apenas a prerrogativa do prazo em dobro para a prática de atos processuais, conforme se depreende da referência feita ao *caput* do art. 161.

Mesmo com a restrição existente no §4º do art. 161, entendemos pela aplicabilidade do §3º do art. 161, com a possibilidade de requerimento para a realização da intimação pessoal do devedor para início do prazo para cumprimento voluntário da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa (ou já fixada em liquidação) – assim como para a prática de qualquer ato processual que dependa de providência ou informação que apenas a parte poderá prestar – quando os obstáculos justificadores da utilização da prerrogativa entregue àquele assistido pela Defensoria Pública (conforme art. 161, §3º, do PL 8046/10) estiverem presentes no caso em análise, e, conforme exigência, quando houver requerimento para tanto.

Esse entendimento, apesar de não ter sido incorporado pelo PL 8046/10, foi adotado pela Comissão de Juristas criada para elaborar o Anteprojeto do CPC, quando apresentou seu texto final (que foi alterado pelo Projeto Substitutivo aprovado no

---

Estadual e a OAB. Para tanto vide AgRg no Ag 668804 / SP, AgRg no Ag 693712 / SP, AgRg no Ag 1068949 / SP, REsp 1050939 / SP, AgRg nos EDcl no Ag 997139 / SP.

Tal situação também é notada por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, tratando a respeito do prazo em dobro para recorrer para os defensores: “Esse benefício deve ser estendido, por analogia, aos advogados que atuam em entidades não-governamentais que prestam assistência judiciária, como os serviços da OAB, do Patronato de Presos e Egressos e dos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito.” In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. V. 3. Salvador: JusPodium, 2009b, p. 54.

<sup>32</sup> Art. 161. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público.

§ 2º Quando necessário, a intimação a que se refere o §1º será acompanhada da vista pessoal dos autos.

§ 3º O juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada, a requerimento da Defensoria Pública, no caso de o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser prestada.

§ 4º O disposto no caput deste artigo se aplica aos escritórios de prática jurídica das faculdades de direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com a Defensoria Pública.

Senado Federal, não permanecendo o entendimento demonstrado acima), que tinha por redação:

## Seção II Da Defensoria Pública

Art. 91. A representação processual pela Defensoria Pública se dará por mera juntada de declaração de hipossuficiência da parte, assinada por defensor público.

Art. 92. Caberá à Defensoria Pública atuar na função de curadora especial, nos casos especificados em lei.

Art. 93. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

§ 1º O juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada, a requerimento da Defensoria Pública, no caso de o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser prestada.

§ 2º O disposto neste artigo se aplica aos escritórios de prática jurídica das faculdades de direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita com em razão de convênios firmados com a Ordem dos Advogados do Brasil. (grifo nosso)

Com isso, percebe-se que: o texto do Anteprojeto do CPC apresentado pela Comissão de Juristas estendia os benefícios criados e concedidos à Defensoria Pública a as entidades, porém, o texto final aprovado pelo Senado e que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados apenas estendeu a prerrogativa do prazo em dobro para as manifestações processuais.

No entanto, essa diferenciação criada pelo PL 8046/10 não se justifica.

Não há justificativas, por exemplo, em igualar a Defensoria Pública e os Escritórios de Prática Jurídica, concedendo-lhes prazo em dobro para a prática de atos processuais (art. 161 §4º, do PL 8046/10), e distingui-los no que tange à concessão da prerrogativa em poder solicitar a intimação pessoal para a prática de determinados atos (art. 161 §3º, do PL 8046/10), ou, constante do mesmo dispositivo legal (art. 161, §4º, do PL 8046/10), não lhes estender a prerrogativa de início dos prazos processuais a partir da intimação pessoal do advogado (vista pessoal dos autos) equiparado ao Defensor Público.

A própria necessidade de manter-se o desenvolvimento da relação jurídica processual com paridade de tratamento, devendo o juiz velar pelo contraditório (efetivo) e interpretar a lei processual conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição nos obriga a uma releitura da restrição legislativa apontada acima.

Deve o magistrado, durante o processo, observar o direito fundamental à igualdade, substancialmente analisada, compensando de modo adequado as desigualdades sócio-econômicas, objetivando a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo, em virtude de que, analisando-se em termos gerais, a garantia do *due process of law* venha a se traduzir no respeito à igualdade, legalidade e supremacia da Constituição.<sup>33</sup>

Adotando essa interpretação e reconhecendo a possibilidade de aplicação do §3º do art. 161 PL 8046/10 não somente à Defensoria Pública, mas também aos casos em que tenhamos os mesmos obstáculos vividos pela mesma, nas situações de atos que devem ser prestados pelo seu assistido, podemos garantir a aplicação e manutenção do direito fundamental à igualdade substancial durante todo o processo, até sua fase executiva, onde se tem a aplicação direta do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Admitir-se interpretação diversa seria ferir a igualdade substancial em prol de uma inconstitucional (injusta) celeridade.

#### 4. Considerações Finais

Através do presente trabalho buscou-se esclarecer outra forma de interpretação da regra contida no *caput* da atual redação do art. 475-J do CPC, bem como, da análise do art. 500 c/c art. 161, ambos do PL 8046/10, e dos demais dispositivos deste Projeto de Lei sobre o tema envolvido, no intuito de se preservar o direito fundamental à igualdade substancial, e não de sacrificá-lo em prol de um processo mais célere, porém injusto<sup>34</sup>, atuando, portanto, de forma contrária ao nosso comando constitucional da

---

<sup>33</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido Processo Legal Substancial*. In DIDIER JR, Fredie. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6 Ed., Salvador: JusPODIUM, 2008.p. 16 e 24. Sobre a questão: “Não obstante esteja constitucionalmente prevista a assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, inc. LXXIV), ela está muito longe de ser atingida. A assistência jurídica integral exige um sistema de seguridade social, apto a auxiliar o jurisdicionado preventivamente e em juízo.” In LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *op. cit.*, p. 24.

<sup>34</sup> Conforme a referida Comissão: “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados novéis institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, mercê da inclusão de ônus financeiro aptos a desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso país. [...] Em suma. Exmo. Sr. Presidente José Sarney, a Comissão concluiu nas diversas proposições que seguem em anexo, que se impunha dotar o processo. e a fortiori, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo. salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas

impossibilidade de privação de bens (ou liberdade), sem um devido processo legal (justo).

Demonstrou-se a necessidade de se estender aos Escritórios de Prática Jurídica, às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a OAB, ou com a Defensoria Pública, bem como demais entidades que prestam assistência jurídica gratuita mas não se encontram previstas na listagem do art. 161 §4º, do PLS 166/2010 (e que possuem as mesmas condições que geraram a possibilidade de diferenciação a favor da Defensoria Pública) a possibilidade de requerer a intimação pessoal do devedor para a prática de quaisquer atos que dependam de informação ou providência que somente por ele possa ser realizada, e, por conseguinte, para a realização do cumprimento voluntário da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Amplia-se, portanto, a inovação trazida pelo art. 500, §2º, II, do PL 8046/10.<sup>35</sup>

Demonstra-se, então, que o entendimento adotado vai ao encontro da necessária observância de preceitos constitucionais e também das demais disposições constantes do PL 8046/10.

Transformando em considerações rápidas:

1. Acompanhando o regramento das disposições gerais para o cumprimento de sentença do PL 8046/10, comunga-se com a regra geral da intimação, na pessoa do advogado, para início do prazo para cumprimento voluntário, conforme art. 500, §2º, I, do PL 8046/10.

2. A situação da Defensoria Pública, pois, específica, merece tratamento diferenciado também neste momento processual da fase executiva, adotando-se a necessidade de realização da intimação pessoal do devedor, conforme previsto pelo art. 500, §2º, II, do PL 8046/10.

3. Aos Escritórios de Prática Jurídica, às entidades que possuam convênios com a OAB, Defensoria Pública, e também, a outras entidades que venham a prestar

---

e continentes, mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade. o sonho de justiça.” Relatório disponível em: [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss\\_Juristas\\_Novo\\_CPC.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf).

<sup>35</sup> Art. 500. [...]

§ 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. (grifo nosso)

assistência jurídica gratuita e que a prestação desse serviço venha a equiparar-se ao serviço prestado pela Defensoria Pública, rejeita-se a limitação do art. 161, §4º, do PL 8046/10, estendendo às entidades descritas acima a prerrogativa de solicitar ao magistrado a realização da intimação pessoal do devedor para que efetue o cumprimento voluntário em questão, em similitude à Defensoria Pública.

Para que tenhamos um processo justo, necessário impedir que se impere a desigualdade entre as partes litigantes no intuito de que não se estabeleça um resultado justo apenas àquela parte que (diante da inevitável parcialidade que lhe é comum, possui como objetivo a vitória independente de possuir razão ou não<sup>36</sup>), injustamente, fora privilegiada por questões afetas à realidade sócio-econômica do país em que vive.

### Referências bibliográficas:

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários aos artigos 475-I e 475-J do CPC*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. (Org.). *A Nova Execução: Comentários a Lei 11.232, de 22-12-2005*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 Ed. 3 Tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Início do prazo para pagamento voluntário de sentença condenatória. Análise dos artigos 475-B e 475-J do CPC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2101, 2 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12567>>. Acesso em: 16 jan. 2010.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, 160 p. Relatório apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss\\_Juristas\\_Novo\\_CPC.pdf](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf).
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei n. 11.232/2005*. Disponível em: [http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Varia%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20cumprimento%20da%20senten%C3%A7a%20\\_RT\\_.pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Varia%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20cumprimento%20da%20senten%C3%A7a%20_RT_.pdf). Acesso em: 03 out 2011.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

---

<sup>36</sup> Conforme lição de Barbosa Moreira: “Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito.” In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. In DIDIER JR, Fredie. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6 Ed., Salvador: JusPODIUM, 2008, p. 31.

DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 1. Salvador: JusPodium, 2009a.

\_\_\_\_\_. CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. V. 3. Salvador: JusPodium, 2009b.

\_\_\_\_\_. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Execução*. Vol. 5. Salvador: JusPodium, 2009c.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do início do prazo para o cumprimento da sentença: breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1511, 21 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10309>>. Acesso em: 25 out. 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido Processo Legal Substancial*. In DIDIER JR, Fredie. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6 Ed., Salvador: JusPODIUM, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1, *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. Ver. E atual. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. In DIDIER JR, Fredie. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6 Ed., Salvador: JusPODIUM, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Provimento Nº 20/06-CGJ DESEMBARGADOR JORGE LUÍS DALL’AGNOL CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA - publicado no dj nº 3.399, fl. 02, de 24-07-2006). Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/legisla/publ\\_adm\\_xml/documento1.php?cc=10&ct=16&ap=2006&np=20&sp=1](http://www.tj.rs.gov.br/legisla/publ_adm_xml/documento1.php?cc=10&ct=16&ap=2006&np=20&sp=1)>.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Revista de Processo, São Paulo: Forense, V. 31, n. 136, p. 287-292, jun. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995.

## **O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL VISANDO À OBTENÇÃO DA VERDADE**

### **THE ROLE OF THE PARTIES INVOLVED IN THE PRODUCTION OF EXPERT OPINION AIMING AT OBTAINING THE TRUTH**

*Paula Oliveira Bezerra de Menezes*

Advogada de Soerensen Garcia Advogados Associados.  
Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito  
da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista  
em Propriedade Industrial pela Universidade Estadual do  
Rio de Janeiro. Mestranda do Programa de Pós-  
Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade  
Estadual do Rio de Janeiro. *Fellow* do Salzburg Global  
Seminar.

**Resumo:** A Autora discorre sobre o histórico de reformas da prova pericial no direito brasileiro e sobre aquelas no projeto do Novo Código de Processo Civil. Tece considerações sobre a real necessidade de produção da prova pericial e identifica os problemas que afetam o resultado desse tipo de prova. Propõe-se que os quesitos para fins de produção da prova pericial sejam usados como forma de controle da elaboração do laudo e conclui-se chamando todos os participantes do processo ao compromisso com a justiça.

**Abstract:** The Author comments on the historical of the amendments regarding expert opinion in Brazil and on those suggested for the New Code of Civil Procedure. She considers avoiding the expert opinion when it reflects just a bureaucratic tool to keep the process moving forward and identifies the problems, which affect the results of this kind of evidence. She proposes that the questions addressed to Experts be used as a means of controlling the opinion and concludes by recommending that all the parties involved should reinstate their commitment with the justice.

**Palavras-chave:** Prova Pericial, Critérios, Controle, Participação das Partes.

**Keywords:** Expert Opinion, Standards, Control, Cooperation of the Parties.

#### **Introdução**

Os debates sobre a credibilidade e confiabilidade da prova pericial ganharam relevo na década de 1990.

Em 1993, a Suprema Corte americana, no famoso julgamento do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*<sup>1</sup>, debruçou-se sobre questões importantes que afetam o desempenho da prova pericial como instrumento de realização e de distribuição de justiça.

Poucos anos depois, na Inglaterra, em julho de 1996, no seu relatório sobre acesso à justiça, *Lord Woolf*<sup>2</sup> apontou que a prova pericial correspondia a uma de suas maiores preocupações no acesso à justiça. Segundo ele, os valores dos honorários cobrados pelos peritos eram excessivamente altos e, muitas vezes, os *experts* careciam da imparcialidade e da transparência desejadas.

Paul England<sup>3</sup>, em comentário sobre as preocupações de *Lord Woolf*, destacou que a prova pericial era frequentemente usada por uma das partes para “abusar” do sistema.

Em 2000, após o julgamento *Daubert* e as decisões nos não menos importantes *leading cases Joiner vs General Electric* e *Kumho vs Carmichael*, as *Federal Rules of Evidence* sofreram alterações nos Estados Unidos para adequação à jurisprudência.

Nesse cenário, doutrinadores do mundo inteiro voltaram sua atenção para as mazelas da prova pericial, que deram origem a trabalhos muito interessantes, inclusive no Brasil, com publicações recentes.

Faremos um breve histórico sobre as reformas que ocorreram em matéria de prova pericial no País até 1992 e verificaremos que os problemas e falhas da prova pericial já foram identificados na doutrina nacional.

Tendo em vista que a comunidade jurídica atualmente discute o projeto de um novo Código de Processo Civil, o qual, após passar pela aprovação no Senado, tramita na Câmara dos Deputados sob nº 8046/2010<sup>4</sup>, aproveitaremos o momento para (i) analisar duas alterações relevantes sugeridas no Projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC), no que tange à prova pericial e (ii) tecer comentários sobre esse tipo de prova em âmbito geral.

---

<sup>1</sup> <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>. Acesso em 02/07/2011.

<sup>2</sup> Na posição de Master of the Rolls de junho de 1996 a junho de 2000, segundo magistrado mais *senior* da Inglaterra.

<sup>3</sup> ENGLAND, Paul. *Expert Privilege in Civil Evidence*. Oxford: Hart. 2010.

<sup>4</sup> Em 02/07/2011, conforme consulta no site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> da Câmara dos Deputados, foi criada Comissão Especial para análise do supracitado Projeto de Lei.

Alguns ordenamentos não somente identificaram as imperfeições do instituto, como propuseram soluções, visando à obtenção de resultados confiáveis, como aconteceu nos Estados Unidos, em decorrência do julgamento do caso *Daubert* supracitado.

Os debates travados na Inglaterra também foram frutíferos e merecem destaque para perpetuarmos a discussão no Brasil, em tema ainda pouco explorado.

Chamaremos o leitor a refletir sobre o compromisso das partes que atuam no processo, incluindo-se juízes, advogados e auxiliares da justiça, na produção idônea da prova pericial, como medida de aperfeiçoamento e minimização das falhas que o instituto pode apresentar.

Finalmente, gostaríamos de propor a adequação de comportamento e de atitude dessas personagens em prol da demonstração e obtenção da verdade<sup>5</sup>, de forma eficiente e fundamentada.

### **Histórico de Reformas da Prova Pericial no Direito Brasileiro**

Conforme ensina Leonardo Greco<sup>6</sup>, a sistemática da prova pericial no direito brasileiro já foi alterada quatro vezes desde o código de 39.

O Código de Processo Civil (CPC) de 1939, tal como o nosso atual, previa o sistema do perito único<sup>7</sup>, o qual foi alterado na década de 1940.

O Decreto Lei 4.565/42 mudou um pouco a redação anterior no que se refere à escolha do perito pelo juiz exclusivamente. Em seu art. 10 o decreto estabelecia que as partes pudessem escolher em comum um perito e, na ausência de concordância entre elas, ao juiz caberia a escolha<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Aqui tratamos da verdade em seu conceito uno, sem distinção entre a verdade real ou formal, mas aquela a que qualquer ciência procura chegar, com as limitações inerentes a ela. Leia-se MADURO, Flávio Mirza. *Notas sobre a questão da verdade no Direito Processual*. In: Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II. ;Petrópolis, UCP. 2009. P. 101 e ss.

<sup>6</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. II – Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 276.

<sup>7</sup> Decreto Lei 1608/39. “Art. 129. Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz”. <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1939/1608.htm> Acesso em 23/06/2011.

<sup>8</sup> Decreto Lei 4565/42 Art. 10 - O art. 129 ficará assim redigido: Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de escolha do juiz, salvo se as partes acordarem num mesmo nome e o indicarem. Se a indicação for anterior ao despacho do juiz, este nomeará o perito indicado. Não havendo indicação, a escolha do juiz prevalecerá se as partes não indicarem outro perito dentro de quarenta e oito (48) horas após o despacho de escolha. [http://www.fiscolex.com.br/doc\\_103520\\_DECRETO\\_LEI\\_N\\_4565\\_DE\\_11\\_DE\\_AGOSTO\\_DE\\_1942.aspx](http://www.fiscolex.com.br/doc_103520_DECRETO_LEI_N_4565_DE_11_DE_AGOSTO_DE_1942.aspx). Acesso em 25/06/2011.

Na mesma década, em 1946, a alteração prevista pelo Decreto Lei 8.570 facultava às partes a escolha em comum de um perito único. Não sendo possível o consenso, as partes poderiam escolher, cada uma, o seu perito e, se ao final houvesse divergência entre os laudos, o juiz ou se basearia naquele que lhe convencesse, ou chamaria um terceiro perito para o esclarecimento de dúvidas<sup>9</sup>. Esse terceiro perito, nomeadamente, perito do desempate no texto legal, não estava vinculado aos resultados anteriores.

Na prática, como aponta a doutrina, as partes não conseguiam concordar na escolha de um perito único e os laudos dos respectivos peritos não chegavam a um resultado em comum. Aconteceu que o perito “desempatador” indicado pelo juiz acabou sendo uma constante, porque sendo os peritos das partes custeados por elas, o juiz já não confiava no resultado, dada a parcialidade dos profissionais<sup>10</sup>.

Em 1973, voltou-se ao regime do perito único e às partes foi dada a faculdade de indicar assistentes técnicos. Estes, no entanto, teriam de ser imparciais<sup>11</sup> e deveriam chegar a um laudo único com o perito.

A realidade é que os assistentes não eram imparciais e, então, em 1992 houve nova reforma para que os assistentes técnicos fossem excluídos do rol de pessoas sujeitas ao impedimento e à suspeição.

A Lei 8.455/92 alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 73 para excluir expressamente do rol de pessoas sujeitas ao impedimento e à suspeição os assistentes técnicos, já que não são auxiliares do juízo, mas sim da parte<sup>12</sup> (art. 422 do CPC<sup>13</sup>).

O atual artigo 422 do CPC dispõe que o perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.

---

<sup>9</sup> Decreto Lei 8570/46 "Art. 129. Os exames periciais poderão ser feitos por um só louvado, concordando as partes; se não concordarem indicarão de lado a lado o seu perito e o juiz nomeará o terceiro para desempate por um dos laudos dos dois antecedentes, caso não se contente com um dêstes." <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8570-8-janeiro-1946-416360-republicacao-34448-pe.html> Acesso em 25/06/2011.

<sup>10</sup> Recomenda-se MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial Civil*. Ius Podivm. Salvador, BA, 2008, rico em detalhes.

<sup>11</sup> Redação do CPC de 73 Art. 138. “Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: III – ao perito e assistentes técnicos”. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm) Acesso em 25/06/2011.

<sup>12</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 9ª Ed., Revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. P. 424.

<sup>13</sup> “Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”. (Redação dada pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em 25/06/2011.

Antes da reforma de 1992, o artigo 422 previa que o perito e os assistentes técnicos fossem intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes foi cometido.

José Eduardo Carreira Alvim<sup>14</sup> argumenta que o termo de compromisso existente antes da reforma era um entrave burocrático, que mais se prestava a “atrasar o processo do que qualquer outra coisa”. Alexandre Câmara também suscita que o compromisso não tinha utilidade prática alguma<sup>15</sup>.

Interessante o comentário de Moacyr Amaral dos Santos<sup>16</sup> sobre o termo de compromisso do perito e dos assistentes técnicos. Ele destacou que “mesmo no sistema do Código de 1939, que era omissivo a respeito, a prática judiciária, amparada no direito tradicional e da doutrina, o exigia para a validade do laudo pericial”.

Nós temos dúvidas sobre a vantagem de se retirar uma formalidade que obrigava o perito a estar consciente, ainda que em alguns casos apenas formalmente, da seriedade com que seu trabalho deveria ser desempenhado.

Curioso notar que a eliminação do compromisso do nosso direito pátrio foi na contramão do que sistemas mais tradicionais como o inglês implantaria, na mesma década, pelo *Civil Procedure Rules* de 1998. Tais regras preveem que o perito declare no laudo o seu compromisso com a justiça<sup>17</sup>, sob pena de exclusão da prova<sup>18</sup>.

No Canadá também existe a previsão de assinatura do mesmo termo, conforme documento apresentado no programa acadêmico nacional de peritos promovido pela The Advocate’s Society<sup>19</sup>.

Hoje, na prática diária, vemos profissionais que aceitam o encargo de qualquer forma, mesmo que não tenham o *expertise* necessário ao desempenho das tarefas<sup>20</sup>, ou

---

<sup>14</sup> ALVIM, J.E. *Carreira. Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey. 1996. Pág. 85.

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob. Cit. P. 425.

<sup>16</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Forense, Rio de Janeiro, 1977. P. 347.

<sup>17</sup> CPR “Contents of report 35.10 (2) At the end of an expert’s report there must be a statement that the expert understands and has complied with their duty to the court.” <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/parts/part35.htm>. Acesso em 25/07/2011.

<sup>18</sup> EMSON, Raymond N. *Evidence*. 3rd. Basingstoke ; New York: Palgrave Macmillan. (2006): P. 402.

<sup>19</sup> MURRAY, Andrew C. *The Law of Expert Evidence: What Every Prospective Expert Witness Needs to Know*. The Advocate’s Expert Witness Academy. April 28-30, 2011. Form 53. Courts of Justice Act. Acknowledgement of Expert’s Duty. “I acknowledge that it is my duty to provide evidence in relation to this proceeding as follows: a) to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan; b) to provide opinion evidence that is related only to matters that are within my area of expertise; and c) to provide such additional assistance as the court may reasonably require, to determine a matter in issue. <http://www.lerners.ca/content/The%20Law%20of%20Expert%20Evidence%20What%20Every%20Prospective%20Expert%20Witness%20Needs%20to%20Know.pdf>. Acesso em 02/07/2011.

os que solicitam aos advogados laudos “modelos” nos quais possam se basear, porque não têm métodos para avaliar, por si próprios, os fatos envolvidos na lide. A redução de burocracia no País não pode servir para a prestação de serviços piores e descompromissados com os ideais de justiça. Talvez a forma adotada previamente à reforma fosse burocrática, mas o ato em si, de expressamente se comprometer a cumprir o encargo de forma consciente, fosse saudável.

Veja-se que a essência do compromisso é de nossa tradição, como se pode observar no art. 415 do CPC<sup>21</sup>, da prova testemunhal. No início da inquirição a testemunha presta o compromisso e ainda é advertida pelo juiz sobre as penalidades da lei se mentir.

Talvez pudéssemos ter desburocratizado o ato, afinal, o perito seria intimado e de qualquer forma analisaria os autos em cartório. Em alguma dessas ocasiões ele poderia assinar o compromisso. No entanto, optou-se por eliminar a previsão de assinatura do termo de compromisso.

Quanto ao regime da perícia em si, embora o sistema atual do perito único esteja em vigor, nada impede que o juiz nomeie mais de um perito, dependendo da complexidade da matéria, conforme reza o art. 439 do CPC, para os esclarecimentos necessários.

O regime atual parece próprio e razoável, mas demanda controle efetivo das partes, dos juízes e dos próprios peritos, na qualidade de auxiliares da justiça, para que a prova reproduza resultados mais próximos da verdade real, como veremos a seguir.

### **As Reformas no Projeto do Novo Código de Processo Civil**

Antes de debater as peculiaridades da prova pericial, cabe aproveitar a discussão na comunidade jurídica em torno do Projeto de Novo Código de Processo Civil (NCPC), para comentar sobre as alterações propostas, que consideramos mais relevantes.

A maioria dos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 (CPC) que regula a figura do perito e a prova pericial foi mantida.

---

<sup>20</sup> Ler Revista da ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual) 89. Jul/Ago 2007, em que constam 5 pareceres da lavra de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Denis Borges Barbosa, Ana Paula Buomomo Machado, Cândido R. Dinamarco e Humberto Theodoro Jr. todos a respeito de um mesmo caso questionando a qualificação de um perito.

<sup>21</sup> “Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em 25/07/2011.

Destacam-se as novidades elencadas no § 1º, do art. 135, § 2º, do art. 136, e parte final do art. 137, todos do projeto do NCPC, que tratam da figura do perito. O projeto do NCPC prevê no art. 135 § 1º (correspondente ao atual 145, § 1º do CPC<sup>22</sup>) a inclusão da palavra “preferencialmente”, nos seguintes termos:

Art. 135. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito.

§1º Os peritos serão escolhidos **preferencialmente** entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto neste Código.

A introdução da palavra “preferencialmente” indica a flexibilização da norma, permitindo que sejam aceitos como peritos aqueles que detenham conhecimento específico, mas que não necessariamente tenham concluído uma universidade.

Pela leitura do atual art. 145 fica claro que o legislador optou por consagrar a figura do perito vinculado ao requisito do nível universitário, não obstante o § 3º do mesmo artigo preveja a exceção à regra, pela livre escolha pelo juízo, caso na comarca não haja profissional que detenha diploma universitário, ou que seja inscrito em órgão profissional.<sup>23</sup>

Diogo Assumpção Rezende de Almeida põe em dúvida a qualificação do profissional sem nível universitário, mas entende que a nomeação nessas condições ainda é melhor do que a supressão da perícia. Ele sugere nessa hipótese, no entanto, que o indicado comprove a experiência e o conhecimento na área. Nesse caso, o escrutínio do juiz, quando da valoração da prova, deve atender a um grau maior de rigidez. O mesmo autor ressalta ainda que para preservar o direito das partes o ideal seria a nomeação de perito capacitado residente em comarca próxima à sede do juízo<sup>24</sup>.

A doutrina já problematizou a questão das qualidades que o perito deve apresentar. É claro que se espera do portador do diploma um conhecimento aprimorado e é isso que a lei presume, mas perguntas que são sempre suscitadas também pela doutrina brasileira são: será que num país de proliferação de universidades e de facilidades para a obtenção

---

<sup>22</sup> “Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código”.

<sup>23</sup> “Art. 145. § 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz. § 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos”.

<sup>24</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. *A Prova Pericial no Processo Civil. O Controle da Ciência e a escolha do Perito*. Renovar. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2011. P. 65.

de diplomas, a exigência de nível universitário<sup>25</sup> garante a produção de uma prova idônea?<sup>26</sup>

Por outro lado, há certamente situações de caráter prático-técnico que necessitarão de esclarecimentos, que estão aquém daqueles do juízo, cujo conhecimento não detenha o portador do diploma.

Num dos pareceres destacados na Revista da ABPI elaborados pela Professora Ada Pellegrini Grinover, intitulado “Prova Pericial: Conhecimento Técnico Especializado e Perícia Complexa”<sup>27</sup>, citando Pontes de Miranda, ela lembra que esse ensinava que “a especialidade do perito pode dispensar cultura, e até instrução; pode exigir alto nível de ambas. Daí o perito cientista, de conhecimentos técnicos raros, e o perito analfabeto, como o entendido em extração de borracha no Amazonas ou em podamento de cafeeiro na Colômbia”.

Será que um treinador de cavalos, que cresceu num haras, e não seja portador de diploma, é menos habilitado a identificar problemas comportamentais no animal do que um indivíduo que morou até a fase adulta num grande centro metropolitano, vindo a estudar veterinária?

As respostas a essas perguntas podem ser fáceis na teoria. Quando formuladas no universo da atividade forense podem ganhar contornos de difícil resolução. Vamos imaginar que na situação acima o treinador de cavalos esteja em plena atividade aos 50 anos, tendo nascido num haras e começado a treinar os animais aos 18 anos de idade.

Por outro lado, imaginemos que o estudante de veterinária tenha se formado aos 24 anos e aos 30 sido indicado para perícia para constatação de vício no caráter do animal recém-comprado.

Quem será que estaria em melhores condições de entender os reflexos do animal? Talvez o treinador experiente, talvez o profissional no ramo da veterinária. A escolha dependerá de uma série de fatores. É preciso verificar se o treinador tem certa legitimidade local que avalize seu conhecimento, se o veterinário tem comprovada experiência com o mesmo animal etc. Há casos em que essas situações se resolvem pelo exemplar currículo apresentado pelo profissional e por sua comprovada habilitação para o encargo. O exemplo cabe, no entanto, para aquelas hipóteses que gerem dúvidas.

---

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo. Ob. Cit.. Pág. 275. “Mais importante do que o diploma é a notoriedade dos conhecimentos do perito, principalmente, num país de bacharéis como o nosso”.

<sup>26</sup> MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial*. Ius Podivm. Salvador, 2008. P. 141. “Mas não se pode deixar de registrar que os bancos universitários, por si só, não preparam o bacharel para o trato de matérias corriqueiras na justiça”.

<sup>27</sup> Ob. Cit. P. 3 e ss.

Diante de uma escolha dessas, e para qualquer uma das opções, a decisão de indicação de um ou de outro precisa ser fundamentada pelo juiz<sup>28</sup>, que deve também ter em mente que às partes é garantido o contraditório e ampla defesa e não só podem como devem questionar a indicação do perito que elas entendam não atender à prescrição legal do conhecimento que o juiz busca.

A dúvida é se os juízes vão utilizar a ferramenta e indicar fundamentadamente o perito que, na opinião deles, detenha o conhecimento mais adequado para o esclarecimento da verdade dos fatos, ou se vão se ancorar no diploma universitário para a nomeação.

Embora a redação proposta no projeto pareça se adequar à realidade, pela sua flexibilidade, para se amoldar melhor no caso concreto em busca da verdade, talvez na prática a ferramenta não seja usada.

Num mundo cada vez mais “litigante” pode ser difícil para o juiz justificar sua decisão, quando a parte questionar a indicação de um perito em detrimento do outro que tenha um diploma universitário, ainda que saibamos que o diploma universitário não seja garantia do conhecimento que se busca.

Em que pesem as observações, o acréscimo, no parágrafo primeiro, deve ser comemorado, restando esperar que ele contribua para melhoria da qualidade da justiça e que seja bem ministrado por juízes e partes que busquem a verdade, seja qual for o esforço para seguir com o perito escolhido.

Quanto aos artigos 136 (correspondente ao atual 146) e 137 (atual 147), a nova redação com seus acréscimos em negrito estão abaixo:

Art. 136. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que **lhe assinar o juiz**, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

§ 1º A escusa será apresentada dentro de cinco dias contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se considerar renunciado o direito a alegá-la<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Afinal as partes, de acordo com o entendimento moderno e com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa também são destinatárias das provas. Ver GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol.II Forense. Rio de Janeiro 2010. P. 110 e 111.

<sup>29</sup> O parágrafo corresponde ao atual parágrafo único. “A escusa será apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la”.

**§ 2º Será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta dos interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e área de conhecimento.**

Art. 137. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado por dois anos **para atuar em outras perícias independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para a adoção das medidas que entender cabíveis**<sup>30</sup>.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida<sup>31</sup> chamou atenção para listas de peritos elaboradas em países da Europa Continental, para a escolha pelo juiz. Ele destaca que na França existe uma lista nacional e uma própria da Corte de Apelação, que servem de subsídio ao juiz, embora os juízes não estejam vinculados a ela. Prossegue indicando que na Itália e na Espanha também existe previsão da existência do rol de peritos dos tribunais.

Na mesma obra o autor recomenda a criação de rol de peritos pelos tribunais para fins de escolha e nomeação do profissional.

O acréscimo do parágrafo no NCPC deverá facilitar o controle da produção da prova pericial pelas partes, no sentido de que, tão logo seja feita a nomeação, as partes tenham imediato acesso às qualidades do perito. Conhecendo sua área de especialização ou *expertise*, as partes terão subsídios para ponderar a necessidade de impugnação da nomeação face ao objeto da perícia.

Não há na lei atual previsão que impeça a elaboração de listas ou de cadastro de peritos, mas é comum que essas listas sirvam para indicação em casos de justiça gratuita<sup>32</sup>.

Algumas Associações de Classe também disponibilizam nomes de profissionais qualificados para atuar em perícia, como é o caso da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> O atual art. 147 do CPC prevê: O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

<sup>31</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Prova Pericial no Processo Civil. O Controle da Ciência e a Escolha do Perito. Rio de Janeiro: Renovar 2011. Pág. 42, 43 e 183.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Ob. Cit. Pág. 237-239.

<sup>33</sup> <http://www.abapi.org.br/sisperitos1.asp?ativo=Sim&secao=Peritos&subsecao=Localizaçãodeperitos&tiposistema=pesquisa> Acesso em 03/07/2011.

Embora o código em vigor estabeleça os requisitos que os peritos devam atender e determine que eles comprovem sua especialidade na matéria sobre a qual deverão opinar, o que se observa na prática é que muitas vezes os juízes não indicam as qualidades do perito, ou tampouco fundamentam sua escolha no ato da nomeação, cabendo às partes a investigação para eventual impugnação ou a solicitação de esclarecimentos ao juiz.

Em resumo, se a parte não provocar o juízo, ela assumirá, com base na presunção, que o perito é qualificado, quando, na verdade, as qualidades deveriam ser expressas a priori.

Note-se que a busca por informações de peritos, nas varas em que tramitam os processos para os quais foram nomeados, não é garantia de obtenção de respostas esclarecedoras sobre sua qualificação, o que no mínimo impõe um ônus desproporcional às partes que prezam pelas garantias constitucionais para exercício do contraditório e da ampla defesa.

Se a lista for realmente adotada, com superveniência da promulgação de um novo código que mantenha o artigo citado, ela deverá ser um meio rápido e eficaz às partes, para o controle da legalidade da nomeação.

Caso entendam que o perito não possui os conhecimentos necessários, espera-se que as partes tenham as informações para impugnar a nomeação de forma mais eficiente, solicitando a substituição por outro mais qualificado ao trabalho, antes do início da produção da prova.

### **Considerações sobre a necessidade de Produção da Prova Pericial**

Os juízes são conhecedores das leis, mas não se espera deles conhecimentos científicos ou técnicos aplicados em outras áreas, como, por exemplo, na matemática, física, química etc.

Michele Taruffo<sup>34</sup> aponta que essa é uma questão problemática em todos os sistemas probatórios e uma das consequências de falta do saber específico é que o julgador pode não ter o conhecimento que se requer, para verificar e avaliar alguns fatos em litígio.

A fim de suprir as lacunas que a falta de conhecimentos específicos produzem, os sistemas processuais criaram o instituto da prova pericial (no Brasil, previsto no art.145 do CPC).

---

<sup>34</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2008. P. 90.

Recorre-se a peritos para complementar o conhecimento e oferecer ao julgador as informações técnicas e científicas necessárias para decidir o caso.

Devido à evolução da sociedade e do conhecimento de forma geral, a complexidade permeia os relacionamentos e as situações fáticas diariamente.

Não é por outro motivo que as pessoas se especializam cada vez mais, nas mais diversas áreas, seja no direito, em que se percebe a proliferação de bancas muito especializadas em diversos segmentos, seja no campo das ciências exatas e da tecnologia, entre outros.

Em épocas de tantas demandas, em que o tempo é tão escasso, cabe refletir se realmente estamos utilizando a prova pericial como deveríamos.

Será que usando a desculpa da complexidade da vida moderna não estamos desvirtuando a prova pericial de sua finalidade? Será que realmente estamos observando os pressupostos para a realização da prova pericial, ou a temos solicitado e a deferido de forma burocrática outorgando confortavelmente a um não togado tarefa que não lhe compete?

Conforme lembra Samir José Caetano Martins<sup>35</sup>: “A coleta da prova pericial pressupõe, de acordo com o parágrafo único do art. 420 do CPC: (i) que haja uma alegação fática a esclarecer cuja apreensão demande conhecimentos específicos, que fujam à cultura do homem comum; (ii) que não haja outro meio de prova hábil a alcançar o esclarecimento específico necessário e (iii) que seja factível a realização da perícia”.

Moacyr Amaral Santos<sup>36</sup> enfatiza que o objeto da perícia é o fato e não o direito. E não são quaisquer fatos que podem ser objeto da perícia, mas sim aqueles que escapam ao conhecimento ordinário.

A prova pericial por sua natureza é demorada e dispendiosa. Atento ao fato de que facilmente a prova poderia ser empregada para fins protelatórios, o legislador previu limites para sua admissibilidade, concedendo poder ao juiz para controlar sua necessidade.

A previsão legal está no artigo 130 do CPC, que estabelece que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 420 do mesmo diploma prevê o indeferimento

---

<sup>35</sup> MARTINS, Samir José Caetano. Ob. Cit. P. 99

<sup>36</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva. Vol.2. 27ª ed. P. 519

da produção da prova quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas, ou a verificação for impraticável.

Em alguns ramos mais especializados do direito, como no direito da Propriedade Industrial, por exemplo, é comum deparar com partes que requerem a produção da prova pericial quando a matéria de fato já foi provada nos autos, em situação na qual, nitidamente, o que se pretende periciar é o próprio direito.

Esse assunto tem sido debatido na doutrina<sup>37</sup> e já é compreendido por boa parte dos magistrados<sup>38</sup>, mas nem sempre as provas dos autos são analisadas, ou é avaliada a real necessidade da perícia no caso concreto. É ainda corriqueira a aceitação de produção de prova pericial em situações desnecessárias, quase como parte de um rito burocrático, cujo despacho pelo deferimento sequer é fundamentado.

Em conflitos de marcas ou aqueles que envolvam concorrência desleal, por imitação ou reprodução de sinais visualmente perceptíveis usados anteriormente por concorrente, ao contrário, a perícia pode ser dispensada, seguindo entendimento da doutrina especializada<sup>39</sup> e de acordo com jurisprudência<sup>40</sup>, a qual estabeleceu que os conceitos de imitação, reprodução ou confusão de marca seriam jurídicos e, portanto, independeriam de produção de prova pericial.

O que se deve verificar é qual seria a melhor solução diante de *hard cases* em que os conceitos jurídicos não possam ser aplicados de antemão. Parece que se excluem

---

<sup>37</sup> Recomenda-se a leitura de CARVALHO, Marcelo Campos e FABRIS, Roner Guerra. “A Prova Pericial nas Ações de Contrafação de Marca”, in Rocha, Fabiano de Bem da. *Capítulos de Processo Civil na Propriedade Industrial*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2009. P. 197 e ss. Ver MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?. *Revista da ABPI* No. 103. Nov/Dez. 2009. Fl. 56 e ss.

<sup>38</sup> APELAÇÃO CÍVEL – 252672. 6ª Turma. TRF2. ADMINISTRATIVO - REGISTRO DE MARCAS - AGRAVO RETIDO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - COLIDÊNCIA - NOMES SEMELHANTES - ANTERIORIDADE - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I - Desnecessidade a produção de prova pericial com pesquisa mercadológica quando os dois registros em tela se deram na mesma classe, sendo suficientes à aferição da colidência os elementos trazidos aos autos. II - É vedado o registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, outra anteriormente registrada conforme disposto na Lei nº 5.772/71 e em sua sucedânea de nº 9.279/96. III - Desnecessária a produção de prova pericial mercadológica, notadamente quando as duas marcas são registradas na mesma classe. IV - O público consumidor não pode estar sujeito a possíveis confusões causadas por marcas que não sejam suficientemente diferenciadas. V - Apelações e remessa oficial improvidas. Relator Desembargador Federal SERGIO SCHWARTZ. DJU 07/06/2001.

<sup>39</sup> CERQUEIRA, João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. RT. São Paulo, 1982. P. 1.128.

<sup>40</sup> Ver Acórdão em Apelação Cível 86.953-1, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. RT. 2ª Ed. 2011. P. 795.; NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª Ed. 2005 e em decisões tipo Agravo de Instrumento nº. 2007.035303-6, Rel. Des. Subst. Rodrigo Antônio, 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, publicado em 30/09/2008.

dos *hard cases* as situações de reprodução ou imitação de marca ou de *design* perceptíveis num simples olhar, pelo homem comum, na qualidade de consumidor, a quem a lei também se destina a proteger.

Para tanto, é necessário examinar o caso concreto, delimitar o fato objeto da controvérsia, verificar a reputação da marca original, apurar se ela se enquadra em alguma das hipóteses de proteção excepcional, definir o ramo de atuação das empresas, o tipo de público alvo etc.

Sabendo-se dos avanços na área de publicidade e *marketing*, eventualmente, será necessário mais do que um técnico<sup>41</sup>, ou mais do que um especialista, para avaliar se o expediente adotado pelo concorrente provoca no comportamento do consumidor a associação, vedada por lei, ainda que inconsciente, com o produto líder de mercado, por exemplo.

É difícil estabelecer regras nessa área e, talvez, nem se queira fixar padrão do que seja proibido, porque a imaginação e o engenho humano seriam capazes de burlá-lo. Todo o arcabouço jurídico é no sentido de justamente evitar a exclusão da ilicitude por meio de burla ao sistema, o que permite a adoção de tipo aberto no campo penal<sup>42</sup>.

Os *hard cases* podem vir autorizar a participação de pessoas que detenham conhecimento científico na área do domínio de conceitos de signos e representação. O estudo das representações visuais e mentais é o tema de duas ciências vizinhas, a semiótica e a ciência cognitiva<sup>43</sup>, que podem vir esclarecer como o objeto de referência externo refletirá na imagem mental e na sua cognição.

O caso em concreto é que deverá ditar, em casos excepcionais, se do perito se exigem conhecimentos científicos, técnicos ou especializados<sup>44</sup>.

É preciso, portanto, estar alerta para as peculiaridades de cada ramo do direito e participar ativamente nas fases de admissibilidade, produção e valoração da prova, para exercício do controle necessário à evolução em matéria de prova pericial.

Pode ser que a burocratização das perícias se deva ao atual excesso de demandas. Opta-se pelo procedimento que apresente um mínimo de formalidade outorgando às partes ônus que deveria ser distribuído entre elas, juízes e seus auxiliares.

---

<sup>41</sup>. O técnico pode ser aquele que tenha experiência em colidência de marcas ou de símbolos gráficos, notadamente, o agente da propriedade industrial.

<sup>42</sup> Ver Art. 195, inciso III da Lei 9.279/96 “Comete crime de propriedade industrial quem emprega meio fraudulento, para desviar em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”.

<sup>43</sup> SANTAELLA, Lucia e NÖTH, Winfried. *Imagem. Cognição, semiótica, mídia*. Iluminuras. São Paulo. 2010. P.15.

<sup>44</sup> Para a definição de conhecimentos científicos, técnicos e especializados ver GRECO, Leonardo. Ob. Cit. P. 272 e ss.

O resultado do excesso de demandas, que não são comportadas por nossas infraestruturas, com poucos juízes para determinado número de cidadãos e com pouco tempo para julgar, mantendo-se a qualidade exigida pelo sistema jurisdicional, são partes insatisfeitas com a obtenção de resultados baseados em laudos que não contam com a credibilidade exigida e sentenças que simplesmente ratificam laudos sem a adequada valoração e fundamentação.

A insatisfação com o poder judiciário é generalizada. Os juízes reclamam do excesso de trabalho, as partes reclamam da morosidade e os advogados encontram dificuldades quando tratam de assuntos especializados, principalmente em comarcas do interior em que há pouquíssimas varas, para não falar das varas únicas.

Seguindo a mesma linha de Luís Fernando de Moraes Manzano<sup>45</sup>, pode ser que a criação de mais Varas e Tribunais especializados traga benefícios aos jurisdicionados.

Seja como for, é necessário repensar o que faremos de nosso sistema judiciário para reprogramarmos metas e restabelecer o prestígio da administração da justiça.

### **Atendidos os Pressupostos, ou Não, à Perícia!**

Uma vez verificados os pressupostos, ou não tendo a parte logrado êxito em mostrar que a perícia era dispensável ante outras provas carreadas aos autos, e deferida a produção da prova pericial, às partes cabe o controle na sua fase de produção iniciando pela escolha do perito.

Embora o perito seja da confiança do juiz, é ônus das partes verificar se ele preenche as qualidades para a perícia a ser realizada.

Como dito, os ramos das ciências, técnicas e os conhecimentos se especializaram. Dependendo do grau de complexidade do fato litigioso, é importante que as partes sejam claras na indicação da perícia e que previamente postulem a produção da prova para o objetivo almejado, qualificando o tipo de profissional mais indicado para a perícia.

A indicação de perícia “com objetivo de”, mas sem indicação do ramo de especialização mais adequado, coloca nas mãos do juiz a tarefa da indicação. Nem sempre o profissional escolhido será o mais adequado ao encargo. Muitas vezes sequer o nome do perito vem acompanhado da sua especialidade.

---

<sup>45</sup> MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Editora Altas S.A. 2011. P. 231.

Caso isso ocorra, é imperioso que as partes questionem a habilitação do profissional previamente ao início dos trabalhos, impugnando, se for o caso, a nomeação.

Acreditamos, como já mencionado, que a perícia acabou por se transformar numa prática burocrática, com seus ritos próprios. É cômodo não questionar a pessoa de confiança do juiz, é cômodo não controlar a forma como a perícia caminha, relegando o resultado final à sorte e esperando que todos ajam conscienciosamente.

É direito da parte saber da qualificação do perito, no momento de sua nomeação. Para o juiz, que presumidamente conhece o perito, não deveria ser problemático acrescentar essa informação. Por outro lado, se não o faz, à parte interessada restam pouquíssimos dias para investigar e impugnar a nomeação, ou opor embargos de declaração para o esclarecimento.

Impor à parte a nomeação sem esclarecimento e não questioná-la é abandonar o processo garantístico e efetivo e entregá-lo à sorte.

### **O Perito Formal e o Perito Ideal**

A lei elenca as hipóteses de cabimento da perícia e determina requisitos que o perito deva preencher. Não existe uma forma preestabelecida de como o perito é indicado, nem de como se apresenta em juízo. O perito formal é aquele extraído da lei crua.

Na ausência de prescrição de certas formalidades durante toda a fase da prova pericial, entende-se que deveriam ser empregadas formas ótimas de conduta de finalidade prática.

Ora, se o perito é de confiança do juízo, que se indique a qualificação na nomeação. Caso não se faça isso, que se deixe afixado no cartório o currículo do perito.

Outra prática que refletiria a atividade de um perito ideal seria que o próprio, ao propor seus honorários, anexasse seu currículo, dando plena ciência às partes da sua habilitação.

Caminhamos rumo à adoção de técnicas processuais efetivas, buscando o equilíbrio entre forma e finalidades dos atos processuais<sup>46</sup>, com muitos entusiastas que defendem a flexibilização procedimental<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Ler BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros 2007.

Esclarece-se que a proposta não é prescrever formas que sequer estão previstas em lei, mas sugerir práticas que atendam a uma finalidade específica, qual seja, dar conhecimento às partes, sem que a elas recaia o ônus da investigação e questionamento excessivo em prazos mínimos, de requisitos que são previstos em lei (arts. 145 a 146 do CPC).

O conhecimento das qualidades do perito quando da nomeação garante o contraditório e a ampla defesa, a efetividade do processo e sua celeridade, além de revestir o ato de mais seriedade e de respeito com as partes.

### **Identificação dos Problemas que Afetam o Resultado da Prova Pericial**

Conforme estudo recente de 2008, de Déirdre Dwyer<sup>48</sup>, as reclamações sobre a parcialidade dos peritos na Inglaterra remontam à primeira metade do século XIX.

Na década de 1970, nos Estados Unidos, houve um aumento expressivo da preocupação com relação à prova pericial. Muitos sustentavam que a parcialidade dos peritos era proporcional ao valor dos seus honorários, ou, vulgarmente falando, “os peritos diriam aquilo que eram pagos para dizer”, e até mesmo que eles inventariam métodos científicos para produzir resultados que dessem apoio ao caso da parte contratante, constituindo verdadeira má-ciência<sup>49</sup>.

Déirdre Dwyer aponta que isso é comum, especialmente, nos Estados Unidos em função do próprio sistema, em que é necessário provar, a cada julgamento, a credibilidade do perito. Tanto as partes almejam comprovar a credibilidade do seu perito, como desacreditar a do outro. Além disso, pode haver pressão política muito forte para impedir a realização de certas perícias, para reduzir as chances de êxito em certos tipos de litígios.

O mesmo autor, citando Edmond e Mercer, explica que o aumento da preocupação com “*junk science*” (má ciência, tradução livre), nos anos 1990, culminando no caso *Daubert*, pode ser visto como uma tentativa de grandes corporações, particularmente da indústria farmacêutica, de enfraquecer as ações para reparação de danos, ajuizadas contra elas.

---

<sup>47</sup> TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. 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. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. 7º Volume. Disponível em [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf). Acesso em 26/06/2011.

<sup>48</sup> Dwyer, Déirdre M. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press. 2008. P. 228 e ss. O autor é *fellow* da Academia Britânica de Pós-doutorado da Universidade de Oxford e *fellow* pesquisador da Pembroke College.

<sup>49</sup> Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 228

O caso *Daubert*, ainda na leitura dele, poderia ser uma indicação de que as cortes federais americanas entenderam que a parcialidade dos peritos, extensivas à criação de *junk science* para fins de litígio, representavam uma verdadeira ameaça à administração da justiça.

Nos Estados Unidos vigora o sistema dos peritos indicados pelas partes semelhante ao sistema adotado por nós em 1946, mas existe também a possibilidade de o Tribunal nomear peritos de ofício, designar perito indicado pelas partes ou selecioná-lo de maneira autônoma. Michele Taruffo<sup>50</sup>, entretanto, ensina que quase nunca se aplica essa faculdade.

Embora a prova pericial nos Estados Unidos seja apresentada em forma de testemunho, há uma diferença essencial entre a prova testemunhal *per se* e o testemunho do *expert*. Como regra geral, a testemunha não pode expressar sua opinião sobre fatos, enquanto que o *expert* vai exatamente emitir seu entendimento a partir de conhecimentos pessoais sobre os fatos relevantes e responder a perguntas elaboradas pelas partes e pelo Tribunal. Apesar disso, a opinião será baseada em fatos que devam ser comprovados e em dados e informações científicas e técnicas confiáveis.

O sistema de prova pericial na *common law*, em especial aquele adotado nos Estados Unidos, recebeu nas últimas décadas muitas críticas, porque os peritos são sujeitos reconhecidamente parciais, escolhidos e pagos pelas partes, para dar uma opinião que lhes seja favorável. Muitos não apresentam qualificação desejável e, como visto na doutrina pesquisada, a opinião frequentemente não é dotada de credibilidade. Michele Taruffo faz alusão inclusive a uma espécie de "mercado de peritos" que ficam a espera de clientes, com qualificação não muito boa, disponíveis a empregar esforços para favorecer uma ou outra parte.

Aparentemente, essa prática está tão enraizada na cultura americana, entre juízes e advogados, que parece difícil mudá-la.

Na Inglaterra já em 1947 identificaram alguns problemas com relação à parcialidade dos peritos que afloraram nas cortes civis também na década de 1990. Uma série de eventos e publicações culminaram com a revisão do instituto da prova pericial. Lord Woolf criticou muito o uso da perícia como “armas do sistema adversarial”<sup>51</sup>. Naquele país as mudanças no tratamento dado à figura do *Expert* vieram com o CPR (*Civil Procedure Rules*, conhecidas como “as Reformas Woolf”), chamando o perito à responsabilidade de atuar de forma independente e em prol da justiça.

---

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008. P. 91.

<sup>51</sup> Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 232

Ambos os ordenamentos não só identificaram problemas que afetam o resultado da prova pericial, como efetivaram alterações no modo como tratavam a prova e propuseram critérios para a sua admissão, visando à obtenção de resultados confiáveis, como aconteceu nos Estados Unidos, em decorrência do julgamento do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, citado.

As críticas surtiram efeito e as *Federal Rules of Evidence* sofreram emendas nos Estados Unidos no ano de 2000, para adequação à jurisprudência e determinação de *standards* à admissibilidade de provas científicas.

Para a admissão das provas periciais nos Estados Unidos, o *expert* deve se basear em fatos e dados suficientes, utilizar métodos e princípios confiáveis, que se adequem perfeitamente aos fatos do caso concreto<sup>52</sup>.

Para Michele Taruffo<sup>53</sup> embora alguns sistemas de produção e valoração da prova pericial sejam diferentes, todos eles apresentam problemas que são comuns entre si.

Um deles é que o campo de aplicação da prova pericial é extenso e ela abordará uma gama de assuntos, sejam gerais, específicos, científicos ou técnicos muito diversificados, daí a necessidade da manutenção de flexibilidade e versatilidade para se lidar com as provas periciais. Afinal, elas devem se adequar a cada tipo de situação, que pode variar muito.

Ele também frisa que as garantias do devido processo legal devem ser observadas no contexto da prova pericial e que a tendência em todos os sistemas é a de que as partes tenham oportunidade de participar ativamente nas atividades do perito<sup>54</sup>.

No Brasil, nosso sistema também enfrenta críticas na doutrina, porque os resultados da prova pericial não recebem controle adequado.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida aponta causas da falta de controle sobre o resultado da prova pericial, como, por exemplo, a forma de eleição e nomeação dos peritos, que são pessoas de confiança do juiz<sup>55</sup>, presumindo-se sua idoneidade, imparcialidade e que suas qualidades são aquelas recomendadas para o caso em concreto.

---

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. La Prueba. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008. Pág. 92.

<sup>53</sup> Taruffo, Michele (2008): La prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. P. 96

<sup>54</sup> No Brasil pode ser observada a garantia da participação da parte ou de seus assistentes técnicos nos arts. 425, 431-A e 435 do CPC.

<sup>55</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Ob. Cit. P. 76.

A confiança que se deposita nos peritos escolhidos pelo juiz acaba por transformá-los nos verdadeiros juízes da causa<sup>56</sup>.

Moacyr Amaral Santos<sup>57</sup> ensina que, embora reze no art. 131 do CPC que o juiz apreciará livremente a prova, isso não implica a adoção do sistema da livre convicção, mas sim que o juiz tem liberdade de apreciar livremente os elementos de prova, não estando sujeito a seguir regras que atribuam valor qualitativo aos meios de prova. A liberdade não é arbitrária, já que ele deverá indicar na sentença os motivos que formaram seu convencimento.

Embora no ordenamento jurídico pátrio tenhamos optado pelo sistema da persuasão racional para apreciação das provas, observa-se na prática que muitas vezes a prova pericial acaba tendo um peso muito maior do que outras evidências carreadas aos autos, como se vivêssemos sob o sistema de provas tarifadas, em que cada uma tem um valor diferente pré-determinado.

Infelizmente, não é incomum deparar com sentenças que fazem alusão exclusivamente aos resultados da prova pericial, muitas vezes questionados e impugnados, seja pelas próprias partes ou por seus assistentes técnicos, que não merecem qualquer atenção na fundamentação. Ou seja, as sentenças são cegamente baseadas no laudo do perito, sem qualquer justificativa da opção de se ter seguido o laudo, em detrimento de outras provas cabais nos autos, sobre o fato litigioso.

Enquanto nos Estados Unidos os *Experts* são tratados como mercenários inescrupulosos, resultando nas regras rígidas de exclusão, a solução na Inglaterra foi restaurar as noções de conduta decente e atuação justa do perito, exemplo a ser seguido<sup>58</sup>.

Em que pese a deficiência no controle da produção da prova, é necessária a retomada de valores e de consciência de todos os envolvidos no processo sobre o papel da prova pericial na busca da verdade, chamando cada um a ser fiel às suas obrigações e deveres perante a justiça.

### **Quesitos como Forma de Controle da Elaboração do Laudo, o Laudo em Si, Laudo e seus Efeitos e Impugnação**

---

<sup>56</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. II. Rio de Janeiro. Forense. 2010. P. 275.

<sup>57</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 27ª Ed. Saraiva. 2011. P. 425.

<sup>58</sup> Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 347

Embora alguns sistemas de produção e valoração da prova pericial sejam diferentes, eles pretendem resolver problemas que são comuns a todos, que em duas palavras seriam a credibilidade e a confiabilidade da prova.

Michele Taruffo frisa que as garantias do devido processo legal devem ser observadas no contexto da prova pericial e que a tendência é que as partes tenham oportunidade de participar ativamente nas atividades do perito. Outro princípio comum nos sistemas de *civil law*, presente no direito brasileiro (art. 436 do CPC), é que o resultado da prova pericial, por mais persuasivo que seja, não vincula o julgador. É a ele que cabe valorar a prova<sup>59</sup>.

No Brasil pode ser observada a garantia da participação da parte na perícia ou de seus assistentes técnicos nos arts. 425, 431-A e 435 do CPC .

É fácil imaginar que os assistentes participem de uma vistoria, um exame ou que estejam presentes para avaliar determinada situação, por exemplo, acompanhar uma diligência para exame de paciente em leito hospitalar, para vistoriar serviços realizados ou estados de coisas, acompanhar testes laboratoriais, isso tudo parece viável.

Mas há perícias que não dependem necessariamente de uma pesquisa prévia de campo, ao contrário, o laudo será elaborado na conveniência do perito, sem que, para isso, seja necessário ouvir ou interagir com outras pessoas.

Esse tipo de perícia é comumente realizada na área da Propriedade Industrial em avaliação de conflito de marcas. Basicamente, o perito fará a análise que o juiz faria, ou seja, apreciará as marcas sucessivamente, sem confrontá-las, a fim de verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra<sup>60</sup>, seguindo o critério de apreciação das semelhanças entre as marcas e não das suas diferenças. O que o perito deve observar é a impressão deixada pelas marcas no seu conjunto e não nos detalhes.

Nos Estados Unidos, como visto, para a admissão de provas periciais o *Expert* se baseará em fatos e dados suficientes, utilizará métodos e princípios confiáveis e esses se adequarão perfeitamente aos fatos do caso concreto.

O recurso à ciência para colheita e informação de dados sobre fatos em juízo aumentou muito nas últimas décadas. A proliferação de casos que invocavam a prova científica foi demasiada, despertando na comunidade jurídica, em especial nos Estados

---

<sup>59</sup> TARUFFO. Ob. Cit. Pág. 96.

<sup>60</sup> CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, 2ª ed. Editora RT, São Paulo 1982, P. 919.

Unidos, o interesse em investigar o que seria ciência e que tipo de ciência poderia ser admitida e usada em ações judiciais.

Michele Taruffo discorre que a ideia comum de ciência como fonte de prova judicial mudou. Segundo ele, tradicionalmente o uso probatório da ciência consistia em provas periciais no campo da medicina, química, engenharia e às vezes física e matemática. Apenas algumas ciências exatas eram consideradas. Todas as outras, exceto algumas matérias técnicas como a mecânica e a construção, eram julgadas a partir do conhecimento calcado na cultura média do julgador.

O autor prossegue expondo que hoje o panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é completamente diferente.

As ciências são cada vez mais especializadas e sofisticadas e não abordam somente a área de ciências exatas, incluindo-se nesse rol a genética, toxicologia, epidemiologia, bioquímica; mas humanas e sociais também, como a sociologia, economia, psicologia etc., consideradas possíveis fontes de prova no processo civil.

O aumento considerável dessas fontes trouxe ao mercado novos peritos e novos problemas, como, por exemplo, a dificuldade de se controlar a qualidade da perícia.

Outro aspecto, além da problemática da credibilidade da perícia na pessoa do perito, foi separar a boa ciência da má ciência. A má ciência, *junk science*, ou pseudociência carece de validade científica e não pode servir de fonte confiável de prova para determinar ocorrência do fato controverso.

Michele Taruffo ainda exemplifica essas ciências más como a grafologia, máquinas da verdade etc. Até mesmo as provas que consistem em exame de DNA, consideradas científicas, estão sendo reavaliadas e podem ser impugnadas segundo o autor.

A profusão e busca desenfreada pela prova científica que apresentava falhas, por se tratar de prova complexa e delicada, por não se saber se o resultado alcançado seria confiável, se os peritos eram qualificados, se os resultados induziriam em uma valoração errada da prova, se os julgadores seriam enganados por elas acerca dos fatos postos em discussão, despertou a atenção dos operadores do direito e foi no caso *Daubert*, nos Estados Unidos, que a questão foi analisada profundamente.

O caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993 é apontado pela doutrina como o caso marco dessa reflexão.

Nesse caso a Suprema Corte Americana estabeleceu alguns critérios de que o juiz deveria se utilizar como “filtro” de admissibilidade de provas, para permitir a produção de provas que se baseiem em ciência válida. Os critérios foram a) a falseabilidade da teoria e da técnica aplicada; b) o conhecimento da margem de erro; c) a publicação de dados em revistas científicas com *peer review*; d) a aceitação geral de tais dados por parte da comunidade científica relevante.

Vale anotar que, ainda que bem fixados, tais critérios não deixam de ser objeto de discussão e merecem estudo à parte, a exemplo dos comentários de Luís Fernando de Moraes Manzano sobre a limitação do processo de revisão científica, *peer review* e publicações<sup>61</sup>.

Em artigo publicado na conhecida revista especializada em ciências e medicina – Nature – Peter A. Lawrence<sup>62</sup> faz um apelo aos autores, revisores e editores para que ajudem a proteger a qualidade das pesquisas, que se encontram comprometidas pela superveniência de interesses comerciais e políticos, pela pressão da comunidade científica na publicação, a qualquer preço, nas revistas mais lidas, para fins de pontuação em índices de *performance* pessoal e consequente ascensão profissional. Segundo o crítico, considera-se a publicação em si mais importante do que a mensagem científica que deveria estar presente nela.

No caso *Daubert*, a Corte ressaltou que as provas científicas só deveriam ser admitidas quando para apurar fatos litigiosos e quando relevantes para a decisão sobre esses fatos. Os critérios foram discutidos, criticados e interpretados, mas a linha adotada em *Daubert* foi confirmada em outras decisões da Suprema Corte. Tanto foi assim que em 2000 as regras 702 da *Federal Rules of Evidence* (Lei Probatória Federal) foram alteradas.

---

<sup>61</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Ob. Cit. São Paulo. Atlas. 2011. P. 202 e ss. “O processo de revisão científica tem as suas limitações. Um “relatório dos amigos” em *Daubert*, elaborado em homenagem a vários cientistas, notou que o sistema de revisão científica não é voltado a revelar a “verdade” e a publicação não significa que o conteúdo do artigo tenha “aceitação geral” ou represente um consenso na comunidade acadêmica. Além disso, eles observaram que os boletins de revisão científica não refazem nem verificam as experiências; tampouco eles asseguram que a informação contida no artigo seja válida ou, de outra parte, que represente “boa ciência”. Eles também assinalaram que frequentemente apenas dois árbitros são selecionados e esses indivíduos despendem uma média de “2,4” horas revisando cada manuscrito. Mesmo com estas limitações, entretanto, a revisão científica permanece sendo um importante guardião da confiabilidade da prova pericial.

O significado da expressão *peer review* é pouco entendido pela própria doutrina estadunidense. *Peer review* nada mais é do que a publicação em periódicos de referência, como, nos Estados Unidos, as revistas *Science*, *Nature* e o *Journal of the American Medical Association*. Não significa que um segundo examinador revisou o trabalho do primeiro. Além do mais, a publicação, por si, não é o mesmo que publicação em jornal de referência. Ademais, publicações como o *Journal of Forensic Sciences*, embora sejam objeto do processo de revisão científica, não são lidas fora da comunidade científica forense e, portanto, não se submetem à revisão da comunidade científica acadêmica”.

<sup>62</sup> LAWRENCE, Peter A. *The Politics of Publication*. Nature. Vol. 422. 20 de março de 2003. Em [www.nature.com/nature](http://www.nature.com/nature).

Segundo a doutrina, os critérios lançados no *Daubert* realmente demonstram que naquele caso específico os problemas mais sérios com relação à prova científica foram confrontados, servindo de guia para outros sistemas jurídicos. Foram abordados os problemas de validade, credibilidade e o uso correto da ciência como fonte de prova.

Tais critérios foram muito importantes para estabelecer parâmetros objetivos para a admissibilidade da prova, afinal, nos Estados Unidos o juiz tem a incumbência de ser um *gatekeeper* no que se trata de admissibilidade de provas, ou de apreciação da confiabilidade da prova<sup>63</sup>.

Mas a questão de suma importância nos sistemas de *civil law* é a valoração que o juiz faz posteriormente, com base no resultado do trabalho do perito. Nesses sistemas, é nessa etapa que o juiz vai avaliar a validade da prova científica.

Nessa esteira, as partes podem e devem efetivamente controlar a credibilidade da prova desde a sua propositura, controlando a finalidade para fins de admissibilidade, e durante a fase da produção, através de quesitos ou quesitos suplementares, já que o prazo para apresentação de quesitos é igualmente exíguo para certas circunstâncias.

Poderiam constar como quesitos perguntas formuladas ao perito sobre a metodologia usada, sobre se a mesma poderia ser testada, sobre a margem de erro e sua aceitação na comunidade especializada no assunto, na mesma linha do teste *Daubert*, usado nos Estados Unidos como controle de admissibilidade da prova pericial.

É primordial também examinar se o fato litigioso é objeto real de prova pericial, ou acabar-se-á por tornar mais frequentes as delegações das tarefas do juiz ao perito.

## Conclusão

É compreensível que os patronos das partes usem técnicas processuais diversas na defesa dos interesses de seus clientes.

Por outro lado, o contraditório e ampla defesa garantem ao advogado da parte adversa a oportunidade de questionar a admissão, produção da prova pericial, de questionar a qualificação do perito, bem como o resultado veiculado no laudo pericial.

Além disso, contamos com um juiz que deve dirigir o processo da forma mais eficiente e eficaz possível ao lado dos auxiliares da justiça, de quem se espera igualmente comprometimento e seriedade nos trabalhos a seu encargo, sendo seu dever ter consciência da sua responsabilidade de modo a prestar o melhor serviço possível.

---

<sup>63</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Ob. Cit. São Paulo. Atlas. 2011. P. 207.

Defende-se o mesmo entendimento de Samir José Caetano Martins<sup>64</sup> no sentido de que as partes devem adotar a postura de controlar a prova pericial, não só no que diz respeito à qualificação do perito, mas em todas as etapas da prova, como mencionado acima.

Claro que não se tem como prever quais os tipos de perícia serão demandadas no judiciário, mas talvez a especialização do magistrado em áreas específicas do saber jurídico, contribuísse para o resultado de decisões mais legítimas, no sentido de que analisariam melhor os pressupostos de realização da perícia, seu cabimento, a produção, a adequação perito – objeto da perícia, visando a não delegação da decisão a um não togado etc.

A pretensão não era esgotar o tema, mas fomentar a reflexão sobre o compromisso dos operadores do direito com a produção idônea da prova pericial, com o aperfeiçoamento e minimização das falhas que o instituto pode apresentar.

Propõe-se a retomada da adequação de comportamento e atitude dessas personagens essenciais à administração da justiça em prol da obtenção da demonstração da verdade real, de forma eficiente e fundamentada.

### **Referências Bibliográficas:**

- Academy of Experts (2004): CPR Code of Guidance for Experts and those Instructing them. Online em <http://www.academy-experts.org/docs/CodeofGuidance.PDF>, atualizado em 26/08/2004, acesso em 20/07/2011.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Prova Pericial no Processo Civil. O Controle Ciência e a Escolha do Perito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.
- ALVIM, J.E Carreira . *Código de Processo Civil Reformado*. 3ª Ed. Del Rey. 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas: *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. I.
- CERQUEIRA, João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. RT. São Paulo, 1982.
- DWYER, Déirdre M. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, UK. New York: Cambridge University Press. 2008.

---

<sup>64</sup> MARTINS, Samir José Caetano. Ob. Cit. P. 171. “O melhor entendimento é o de que a parte deve impugnar a nomeação no prazo de cinco dias contados da data em que teve conhecimento da decisão (aplicando-se o art. 185 do CPC na falta de prazo específico). Não se pode admitir que a parte, comodamente, aceite a nomeação de perito que sabe ou deva saber (pois lhe cabe interpelar o juiz, via embargos de declaração para esclarecer qualquer dúvida) não deter a capacitação técnica necessária e resolva, diante do laudo pericial, tumultuar o processo suscitando tardiamente um incidente motivado unicamente pelo fato de as conclusões do laudo pericial não lhe convirem”.

- EMSON, Raymond N. *Evidence*. 3rd. Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan. 2006.
- ENGLAND, Paul. *Expert Privilege in Civil Evidence*. Oxford: Hart. 2010.
- FEDERAL RULES OF EVIDENCE :: TITLE 28A — JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE (APPENDIX) :: US Code :: Codes and Statutes :: Law :: Justia. Online em [http://law.justia.com/codes/us/title28a/28a\\_5\\_.html](http://law.justia.com/codes/us/title28a/28a_5_.html), acesso em 6/04/2011.
- GAMBA, Paul. *Protocol for the Instrution of Experts to give Evidence in Civil Claims*. 2009. Em [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/civil/procrules\\_fin/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf), updated on 19/08/2009, acesso 19/07/2011.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 1<sup>a</sup> Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 2010.
- LAWRENCE, Peter A. *The Politics of Publication*. Nature. Vol. 422. 20 de março de 2003. Legislativo. Civil Procedure Rules da Inglaterra. Em <http://www.justice.gov.uk/news/index.htm>, atualizado em 19/07/2011, acesso em 19/07/2011.
- MADURO, Flávio Mirza et al. *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II. Notas sobre a questão da verdade no direito processual*. 1<sup>a</sup>. Petrópolis: Universidade Católica de Petrópolis. 2009.
- MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. RT. 2<sup>a</sup> Ed. 2011.
- MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial Civil*. Bahia: Ius Podivm. 2008.
- MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. *Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?*. Revista da ABPI No. 103. Nov/Dez. 2009.
- MURRAY, Andrew C. . *The Law of Expert Evidence: What Every Prospective Expert Witness Needs to Know*. Lerner LLP Barristers and Solicitors. Presented at the Advocate's Society National Expert Witness Academy. 2011. Em <http://www.lerners.ca/content/The%20Law%20of%20Expert%20Evidence%20What%20Every%20Prospective%20Expert%20Witness%20Needs%20to%20Know.pdf>, acesso em 18/07/2011.
- NEGRÃO, Theotônio; Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37<sup>a</sup> Ed. 2005
- Revista da ABPI Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição Especial (2007) (89).
- ROCHA, Fabiano de Bem da et al. *Capítulos de Processo Civil na Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- SANTAELLA, Lucia e NÖTH, Winfried. *Imagem. Cognição, semiótica, mídia*. Iluminuras. São Paulo. 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2<sup>a</sup>. Ed. Vol. IV: Forense. 1977.

- \_\_\_\_\_. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. São Paulo: Saraiva (2). 2011.
- TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. 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. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 5. 7º Volume. Disponível em [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf). Acesso em 26/06/2011.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Processual Civil*. 27ª Ed. I: Revista Forense.

## O ABUSO DO PROCESSO POR INTERMÉDIO DA DEFESA HETEROTÓPICA

*Rafael de Oliveira Rodrigues*

Procurador do Estado de São Paulo,  
lotado na Procuradoria Fiscal, especialista  
em Direito Processual Civil pela PUC/SP  
e especialista em Direito Tributário pela  
Escola Superior da Procuradoria Geral do  
Estado de São Paulo. Juiz do Tribunal de  
Impostos e Taxas de São Paulo.

**Resumo:** O sistema processual confere aos seus usuários um plexo de situações equivalentes a direitos subjetivos que devem ser exercidas dentro de limites. Ao ultrapassá-los, o sujeito incorre em abuso do sistema, fato que não merece acolhida. Dentro dessa ordem de ideias, no específico caso dos meios autônomos de defesa do executado, faz-se importante estabelecer limites de atuação e verificar casos em que o executado exorbita esses lindes, caracterizando essas situações como abusivas do processo.

**Abstract:** The procedural system gives its users a complex of situations the equivalent legal rights that must be exercised within limits. By overcoming them, the subject incurs abuse of the system, a fact that can not be accepted. Within this order or ideas, it is important to establish limits of performance and see where it goes beyond these limits, featuring such situations as abusive process.

**Palavras-chave:** Abuso do processo, formas de defesa do executado, defesa heterotópica, princípio da proporcionalidade.

### 1. Introito

O direito processual, assim como o direito material, deve ser exercido dentro de limites, de forma a evitar que se incorra em abusos, que devem ser expurgados.

No caso do processo, o ordenamento coloca a disposição do sujeito uma série de meios ou instrumentos que devem ser utilizados de forma a melhor atender às suas estratégias.

Todavia, o sujeito processual não deve olvidar que os instrumentos fazem parte de um todo sistêmico, dotado de sentido. Dessa maneira, cada ato processual tem sua finalidade, que sempre guarda pertinência com a finalidade do sistema.

Assim, conquanto exista uma margem de liberdade para que o sujeito atinja seus desideratos, a utilização dos instrumentos deve ser feita de maneira a não exorbitar a sua finalidade.

Dessa forma, quando o sujeito processual utiliza meio para atingir fim outro que não o extraído do sistema, age com abuso do processo e, por isso, deve ser penalizado.

## **2. Abuso do processo**

### **2.1 Considerações Iniciais**

Para que se possa discutir o tema objeto do presente texto com a profundidade que se exige, importante, de início, trazer considerações de modo detido da teoria do abuso do processo.

O abuso do processo não é matéria objeto de muitos ensaios jurídicos. A doutrina de modo geral ainda não enfrenta o tema com a frequência que ele exige. Exceção da assertiva acima, Helena Najjar Abdo que faz interessante estudo do tema, abordando a matéria de forma a sistematizar o abuso do processo como instituto jurídico.

Para a citada autora, a teoria do abuso do processo nasce da teoria do abuso do direito. Para ela, o abuso do processo deve ter como ponto de partida a doutrina do abuso do direito, mas ressaltando-se as peculiaridades do direito processual em relação ao direito material.

Dessa maneira, cumpre tecer algumas considerações acerca do abuso do direito.

Abusar do direito é extravasar os seus limites quando de seu exercício. A partir da fixação do conceito acima, parte da doutrina considerava inexistir o abuso do direito, haja vista que se o sujeito, ao exercer o direito que lhe competia, exceder os limites estabelecidos pelo direito posto, estaria praticando ato ilícito, porquanto atuaria fora da órbita do direito e, sendo assim, direito não mais havia. Nesse sentido a doutrina de Planiol<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Traité élémentaire de droit civil. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1948, apud Abdo, Helena Najjar, O abuso do processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 43.

De outra parte, os fomentadores da tese do abuso do direito diferenciavam o ato ilícito do ato perpetrado em abuso do direito. Afirmavam que o sujeito que pratica ato ilícito pratica ato não agasalhado pelo direito, ou seja, pratica ato que o ordenamento considera lesivo a outrem. Em decorrência disso, a lei prevê uma consequência quando de sua ocorrência, qual seja, a responsabilidade.

Já no abuso de direito, a parte tem o direito, mas ao exercê-lo, exacerba seus limites. Note que no caso do abuso do direito, o sujeito de direito tem para si, um direito previsto no ordenamento. Ocorre que ao exercê-lo, o faz de modo equivocado e ultrapassa os limites fixados em lei.

Dessa maneira, ato ilícito e abuso de direito são dois institutos jurídicos autônomos que devem ser considerados separadamente, haja vista a existência de suas peculiaridades, ainda que ultimem na mesma consequência, qual seja, na responsabilidade quando se sua ocorrência.

Conquanto seja objeto de estudos no Brasil há algum tempo, foi apenas juridicizado com o Código Civil de 2002. Porém, a par da doutrina considerar a diferença acima consignada, o Código Civil, pelo que se extrai da leitura do artigo 187, considera o exercício abusivo de direito como ato ilícito, a fim de viabilizar que os sujeitos que o perpetrem incorram na sanção do artigo 186 do mesmo diploma.

Pelo exposto, apesar da divergência doutrinária fomentar instigantes discussões a respeito da natureza do abuso do direito, conforme se denota da exposição acima, nos absteremos de tecer maiores comentários a respeito, já que o tema do abuso do direito serve apenas de premissa para o desenvolvimento do estudo do abuso do processo, que em razão de suas peculiaridades, demandarão maiores reflexões.

Assim, com fundamento nos estudos de Helena Najjar Abdo, para bem entender o abuso do processo, deve-se extrair os delineamentos básicos da teoria do abuso do direito, e transpassar esses conceitos para o direito processual, sempre considerando as particularidades da matéria.

Desse modo, afirma a citada autora, amparada pela doutrina italiana, não há falar em direito subjetivo no processo, pois esta expressão não é suficiente para explicar as diversas situações havidas durante o *iter* procedimental. Nesse sentido, aduz a citada doutrinadora, lastreada pelas lições de Vescovi, que a moderna doutrina abandonou a tradicional concepção de direitos e deveres e ampliou os horizontes a partir do conceito de situação jurídica, conceito que abrangeria a relação de direito e dever e mais algumas outras. Assim sendo, não há abuso do direito em sede processual, mas sim abuso das diversas situações jurídicas em que se coloca o sujeito do processo.

Assim sendo, na seara processual o sujeito abusa não de direito, mas de situações jurídicas. A doutrina sistematizou as diversas situações jurídicas do processo. São consideradas situações jurídicas ativas e passivas. Destacam-se como situações ativas: as faculdades e o poder. De outro lado, são situações jurídicas passivas os ônus e as sujeições processuais.

Dessa maneira, o sujeito processual abusa do processo quando extravasa os limites dessas situações processuais, estabelecidas no direito posto.

A fim de ilustrar as afirmativas retro, o sujeito, ao recorrer, não exerce direito, mas sim um ônus, haja vista que não recorrendo, deverá se sujeitar ao teor da decisão prolatada. Dessa maneira, o abuso do processo está no exercício desse ônus. Quando o sujeito processual ultrapassa os limites legais de seu exercício atua com abuso, que deve ser proibido.

## **2.2 Critérios identificadores do abuso do processo**

A partir do fato que o sujeito processual pode atuar com abuso de suas situações processuais, imperioso perquirir a forma como se dá o manejo anômalo do processo.

De modo geral, dá-se o uso anormal do processo quando o sujeito processual, conquanto pratique o ato processual com uma aparência de legalidade, o faz com desvio de finalidade.

Desse modo, o uso anômalo do processo não se dá com o manejo do instrumento processual equivocado, ou seja, não destinado para aquela situação processual. Configura erro processual, que já tem suas conseqüências devidamente insertas no direito posto. Nesse sentido, Michele Taruffo, é enfático ao aduzir que a simples violação de regra procedimental não é, em circunstancia alguma, *per se* abusiva.<sup>2</sup>

O abuso do processo é a utilização do instrumento que a lei prevê para determinada situação processual (fato que confere a aparência de legalidade ao ato), mas de forma a atingir finalidade diversa àquela buscada pelo legislador do sistema processual.

Assim, a fim de colacionar um exemplo a presente explanação, em face de uma sentença de procedência, é ônus do réu interpor o recurso de apelação. Ora, a intenção implícita do legislador era de inserir no sistema um instrumento à parte para que pudesse se insurgir contra uma decisão jurisdicional final, a fim de que seja revista por

---

<sup>2</sup> General reports. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Kluner Law International, 1999. Apud ABDO, Helena Najjar, op. cit., p. 81 .

instância superior. Assim, a finalidade do recurso de apelação está ínsita no direito posto. É direito pressuposto.

Ocorre que se o réu interpõe recurso de apelação com a única finalidade de procrastinar o feito, já que é ciente de que aquele entendimento exposto pelo juízo prolator da sentença é pacífico na jurisprudência, ele usa do recurso de apelação com desvio de finalidade, e conquanto o ato tenha uma aparência de legalidade, deve ser considerado como abuso do processo e, por isso, deve culminar em consequência para aquele que o pratica.

Nesse sentido é a lição de Helena Najjar Abdo:

Entretanto, há abuso do processo toda vez que a decisão entre praticar o não o ato estiver ligada a finalidades estranhas à própria prática do ato, ou seja, quando ocorrer o tantas vezes aludido desvio de finalidade. Em outras palavras, pode-se dizer que o sujeito age abusivamente quando opta por utilizar-se de determinado mecanismo processual para alcançar outros fins que não aqueles normalmente previstos para o respectivo meio ou instrumento utilizado. Um dos exemplos mais comuns que se encontra na jurisprudência é a interposição de recurso com a finalidade meramente protelatória.<sup>3</sup>

A fim de afastar a prática predatória do processo, a jurisprudência a tempos já se manifesta a respeito, como se denota da posição do Superior Tribunal de Justiça, que em aresto de relatoria do eminente ministro Sálvio de Figueiredo, assim assentou:

FALENCIA. DEPOSITO ELISIVO. HONORARIOS ADVOCATICIOS. DESCABIMENTO DA VERBA. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.- EM SE TRATANDO DE DEPOSITO ELISIVO EM FALENCIA, INDEVIDA E A VERBA HONORARIA EM FACE DO ART. 208, PAR. 2. DA LEI FALIMENTAR.  
- A OPÇÃO PELA VIA FALIMENTAR COMO MEIO DE COBRANÇA, EM DETRIMENTO DA VIA EXECUTIVA, CONSTITUI, INUMERAS VEZES, ABUSO DE DIREITO, A MERECER REDOBRADA ATENÇÃO DO JULGADOR, QUE NÃO A DEVE PRESTIGIAR E ESTIMULAR.<sup>4</sup> (não grifado no original)

---

<sup>3</sup> Op. cit. , p. 80.

<sup>4</sup> Recurso Especial nº 1712, 4ª Turma, DJ 09.04.1990 p. 2745

Note-se que a doutrina sobre abuso do processo ainda é embrionária no Brasil, tanto que para o Superior Tribunal de Justiça a questão está afeta ao abuso do direito e não do processo em si.

Em outro aresto, o Superior Tribunal de Justiça também enfrenta a questão sob a perspectiva do abuso do direito, conforme se infere por transcrição “in litteris”:

CRIMINAL. EDEDEDEDEDEDAGA. INTUITO PROTETATÓRIO EVIDENCIADO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER QUE AUTORIZA O IMEDIATO INÍCIO DA EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. PRONTA COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DAS INSTÂNCIAS INFERIORES.

I. Não há justificativa para a reiteração de embargos declaratórios, quando a decisão impugnada não evidencia qualquer omissão, contradição, obscuridade ou ambigüidade.

II. Não infirmados os fundamentos do decidido e revelado inadequado intuito de modificação da essência do julgado, chega-se às raias do abuso do direito de recorrer e sobressai o desvio de finalidade do meio eleito.

III. Caracterizada, com a utilização sucessiva de embargos de declaração, o intuito meramente protetatório, a impedir o trânsito em julgado da condenação penal imposta ao agravante ainda não executada, evidencia-se o fim ilícito que autoriza a execução, de

pronto, da pena privativa de liberdade imposta nas instâncias ordinárias, sendo cabível a imediata comunicação aos órgãos judiciários envolvidos para o cumprimento do acórdão de 2º grau, cuja reforma é obstada em definitivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

### 3. Meios de defesa do executado.

A evolução da doutrina do direito constitucional que conferiu maior concretude aos direitos fundamentais do cidadão insertos da Carta Magna influenciou diretamente o processo civil, notadamente no sentido de reforçar as garantias dos sujeitos processuais, tais como o contraditório e a ampla defesa.

---

<sup>5</sup> EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 125202 / DF, Min. GILSON DIPP, DJ 25.06.2001 p. 213

Nesse sentido, a clássica concepção de Liebman de que não haveria outra via ao executado que quisesse se insurgir contra a pretensão satisfativa do exequente senão opor embargos à execução, cedeu espaço para a existência de vias alternativas de discussão sobre a regularidade formal e material do processo executivo, em vista a observância dos princípios do contraditório e do devido processo legal processual.<sup>6</sup>

Dessa forma, conquanto o ordenamento estabeleça peremptoriamente que o executado só pode trazer para o juízo questões que inviabilizem o processo de execução por intermédio dos embargos do devedor, a doutrina, ciente de que por vezes essa via é ineficiente para agasalhar direito lídimo do devedor não sofrer a expropriação própria do processo executivo, criou vias alternativas, que ulteriormente foram agasalhadas pela jurisprudência e, hodiernamente, são empregadas em larga escala.

Todavia, apesar de serem instrumentos vitais para a preservação de eventuais direitos do devedor, como já mencionado alhures, não foram objeto de regulamentação legislativa. Em razão disso, não obstante tenham a doutrina e jurisprudência discutido padrões ou parâmetros para o manejo desses meios alternativos de defesa do executado, ainda há poucos estudos de sistematização desses instrumentos. Com isso, por vezes, pode o executado exorbitar de suas situações no processo.

Assim, faz-se necessário trazer sólidas considerações sobre os parâmetros de atuação do executado de forma a facilitar a aferição, caso a caso, de eventuais atitudes desproporcionais deste, ou, para contextualizar com o presente estudo, abusivas do processo.

A primeira das modalidades de defesa do executado é a devidamente prevista na lei, qual seja, os embargos do devedor e, com a recente alteração no Código de Processo Civil, a impugnação ao cumprimento de sentença.

Em perfunctória análise, já que o tema não suscita grandes discussões em relação ao abuso do processo, porque o ordenamento já estabelece limites bem definidos para o uso dessas espécies de defesa do executado.

Há decerto algumas questões as quais a lei não consegue dar solução. E não poderia ser diferente. Daí a necessária aplicação dos princípios, que ao lado da lei, são considerados norma jurídica.

A partir daí, se mostra a importância da aplicação da tese central do presente trabalho, já que o abuso do processo por parte do executado que maneja os embargos ou a impugnação deve ser aferido após uma análise dos fins buscados pelas normas que os

---

<sup>6</sup> Processo de Execução. São Paulo. Saraiva. 1963, p. 146-147.

regem. Caso o executado exorbite a *mens legis*, age de forma abusiva e deve ser penalizado sob pena de inviabilizar a atividade satisfativa do credor.

De outro lado, com base na tese já devidamente explanada de que os meios de defesa insertos no ordenamento, por vezes são insuficientes para proteger lícito direito de executado, a doutrina e ulteriormente a jurisprudência, desenvolveram vias alternativas de defesa. Algumas a serem suscitadas dentro do processo (via endoprocessual) outras autônomas (heterotópicas). Nessa ordem de ideias, cumpre tecer algumas considerações sobre a defesa endoprocessual, consensualmente denominada de exceção de pré-executividade.

Este instrumento de defesa do executado surgiu por obra intelectual de Pontes de Miranda que, instado em situação particular, exarou parecer no sentido de admitir, em razão da peculiaridade do caso, que o executado suscite sua matéria de defesa dentro da própria execução.

Em relação aos pressupostos para o uso da exceção de pré-executividade, Sandro Gilbert Martins afirma que:

No entanto, é possível identificar dois critérios que encontram respaldo na maioria da doutrina e da jurisprudência: (I) o primeiro critério o qual autoriza que a matéria seja deduzida por meio de exceção de pré-executividade é o de que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo; (II) o segundo critério é relativo à perceptibilidade do vício apontado, que deve ser *in continenti* – ou identificável *prima facie*, *ipso actu oculi*, de forma macroscópica ou flagrante, isto é, que seja de fácil constatação ou que não envolva aspecto(s) de alta indagação.<sup>7</sup>

Ainda no que concerne aos requisitos para manejo da exceção de pré-executividade, pelo que se denota da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a medida nasce como meio de discussão de matérias de ordem pública. Todavia, sua evolução na doutrina e na jurisprudência, fez aumentar o âmbito de discussão também para as matérias que possam fulminar a execução desde que lastreadas com provas pré-constituídas, de forma a dispensar qualquer dilação probatória.

Em síntese, esses são os parâmetros trazidos pela doutrina e jurisprudência em relação ao aludido modo de defesa do executado.

---

<sup>7</sup> A defesa do executado por meio de ações autônomas, Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 2005, p. 121.

Em relação a este instituto, cada vez mais usado entre nós, mas sem limites traçados pelo direito posto, mostra-se de grande utilidade o uso dos princípios, como fonte normativa de regulação, a fim de evitar o seu manejo de forma abusiva. Exemplo disso é o princípio da proporcionalidade.

Todavia, assim como fizemos com as defesas de executado legalmente previstas, nos abstermos de ir a fundo no estudo do abuso da pré-executividade por parte do devedor, haja vista que não é o tema objeto do presente estudo. Assim, a fim de não perder a linha central que norteia este trabalho, nos restringimos a estabelecer, em linhas gerais, os parâmetros de atuação do executado no uso da exceção de pré-executividade, consignando, tendo em vista a ausência de regramento para ele, que deve o operador do direito fazer uso dos princípios de direito, tais como da proporcionalidade, para observar eventuais abusos por parte dos executados.

Por fim, propositadamente posta no final do capítulo que explana as formas de defesa do executado, a doutrina admite que o executado se insurja contra a execução por intermédio da propositura de uma demanda autônoma, que se vincula à execução por um nexo de prejudicialidade<sup>8</sup>. Pela via dessa ação autônoma, o executado se opõe ao procedimento executivo mais ou menos da mesma forma que faria com a oposição de embargos do devedor, que como é cediço, também tem natureza de ação. A diferença é que essa modalidade de defesa não se restringe à contenciosidade tida nos embargos à execução. Assim, por intermédio de um procedimento que possibilita ao executado uma cognição ampla e exauriente, é possível trazer a juízo questões que impeçam (ou ao menos limitem) a atividade satisfativa desenvolvida no processo executivo. É a defesa extraprocessual, comumente chamada de defesa heterotópica.

Sandro Gilbert Martins, em sua obra sobre a defesa heterotópica assim ponderou:

É evidente, pois, que os embargos e a exceção de pré-executividade são meios de defesa que ainda se apresentam insuficientes a bem conferir uma tutela em favor do executado, visto as situações que permaneceriam a descoberto, as quais poderiam proporcionar injustiças ao executado que não mereça sofrer os reflexos dos atos executivos.<sup>9</sup>

Imagine-se, por exemplo, nas execuções em que ainda se exige a garantia do juízo para a oposição de embargos do devedor, como por exemplo, da execução fiscal, nos termos do artigo 16, § 1º da Lei nº 6.830/80, em que se busca a satisfação de

---

<sup>8</sup> Nesse sentido Sandro Gilbert Martins, op. cit., p. 155.

<sup>9</sup> Op. Cit., p. 147.

suposto crédito em valores exorbitantes, que ultrapassem em muito o patrimônio do devedor. É cediço que em casos como esse, jamais o executado teria a chance de trazer a juízo suas razões de defesa, já que não haveria bens suficientes para a penhora.

Dessa forma, o executado teria tolhido seu direito de apresentar sua defesa e, por conseguinte, de não ser perseguido por crédito a que não deu causa.

De certa maneira, o próprio ordenamento reconhece a possibilidade de o executado propor demanda, a par da execução, para discutir eventuais inconsistências do crédito exequendo. Exemplo disso é o artigo 38 da Lei de Execução Fiscal, ou ainda, o artigo 585, § 1º do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.953/94.

A propósito, oportuno considerar as considerações de Teori Albino Zavascki:

Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução, o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação.<sup>10</sup>

Desse modo, de perfunctória análise da doutrina e do ordenamento, se admite o manejo de ação autônoma, como modalidade de defesa do executado.

É sobre essa forma de defesa do executado que o presente trabalho tecerá considerações de forma mais detida, a fim de tentar delimitar seu âmbito de aplicação para evitar seu manejo abusivo e prejudicial ao processo.

#### **4. A defesa heterotópica e seu manejo de forma lesiva ao processo.**

##### **4.1 Considerações sistematizadas sobre o uso da defesa heterotópica.**

Dada a peculiaridade da defesa heterotópica, que é meio de defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, que se vincula ao processo executivo por um vínculo de prejudicialidade, conforme já tivemos oportunidade de mencionar, importante trazer nessa etapa do estudo todas as formas de sua manifestação, ou seja, todos os modos que se apresentam no processo, de maneira a aclarar quais deles são lesivos ao processo e, portanto, devem ser rechaçados.

---

<sup>10</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, V. 8, Revista dos Tribunais, 2000.

Pois bem, tendo em vista que não se trata de modalidade de defesa prevista no ordenamento, não há prazo específico para sua apresentação. Dessa forma, é admitida a oposição de defesa heterotópica, em qualquer de suas formas antes até do ajuizamento do processo executivo.

Essa modalidade de defesa, prévia à execução, claro que não obsta a propositura desta, por força do artigo 585, § 1º do Código de Processo Civil. Porém, por vezes, tendo em vista a robustez da prova carreada com a ação autônoma, pode-se impedir o ajuizamento da execução, até por iniciativa do próprio credor, que teme em aviar uma ação executiva, na pendência de processo de conhecimento que fatalmente ensejará uma sentença de desconstituição do título. Nessa fase, não há óbice para se trazer qualquer espécie de defesa, inclusive aquelas que seriam objeto de discussão em sede de embargos do devedor.

A par dessa apresentação de defesa antes do ajuizamento da execução, também se admite a oposição da defesa heterotópica, após a propositura da execução, mas antes da garantia do juízo (para as execuções que ainda a admitam). Por vez mais, temos o devedor que queira se insurgir contra uma execução em que o crédito perseguido ultrapassa em muito seu patrimônio. A penhora não pode ser óbice para que apresente suas razões que demonstram a inexistência da dívida. Nesse caso, tendo em vista a impossibilidade de manejo dos embargos do devedor, é admissível a apresentação da defesa heterotópica em todas as suas modalidades, *inclusive, com a discussão de matérias que só seriam veiculadas por intermédio do uso dos embargos do devedor*.

Em casos desse jaez, o pressuposto para que o executado esteja na situação processual de poder apresentar sua defesa é a existência de penhora. Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, pugna para que o ordenamento garanta aos litigantes em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes para tanto. Dessa forma, vedar esse direito do executado a pretexto de não se afigurar no processo a situação processual que lhe permita isso é fazer letra morta da Carta Maior. Nesse caso, a defesa heterotópica atende bem o comando constitucional e, por isso, deve ser preservada e cultivada.

Por ultimo, cumpre considerar a defesa heterotópica quando esta é apresentada nos processos em que se prescinde da garantia do juízo para se opor os embargos do devedor, bem como nos casos em que já há a penhora devidamente formalizada.

Em casos assim, é necessária uma análise um pouco mais acurada da situação. Já ponderamos anteriormente que a defesa heterotópica seria qualquer forma de oposição ao crédito exequendo, não necessariamente com o mesmo teor de discussão nem com o mesmo pedido dos embargos do devedor, desde que exista um vínculo de prejudicialidade entre a defesa heterotópica e a execução. Assim, pode o executado

aviar ação rescisória, ação anulatória de débito, consignatória em pagamento, prestação de contas, mandado de segurança, dentre outros tantos exemplos que se compreendem como verdadeira defesa do executado, mas que não têm o mesmo teor e o mesmo pleito insito aos embargos do devedor.

Em casos como esses, em que não há uma correlação formal e material com os embargos do devedor, admite-se sem qualquer discussão, o seu uso mesmo após decorrido o prazo legalmente estabelecido para a oposição de embargos do devedor.

Todavia, o mesmo não se pode dizer da defesa heterotópica quando seu conteúdo tiver idêntico teor dos embargos à execução. Em casos assim, admitir seu manejo mesmo após o prazo de oposição de embargos é prática lesiva ao processo e por isso deve ser expurgada. Exporemos a razão da tese em tópico separado.

#### **4.2. Defesa heterotópica de conteúdo e finalidade idênticas aos embargos do devedor e abuso do processo.**

Na forma como afirmamos no item anterior, admitir a oposição de defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, com idêntico conteúdo e finalidade dos embargos do devedor é abusar do sistema processual. Sendo assim, a prática acima narrada deve ser reprovada pela doutrina e afastada sempre que constatada no caso concreto.

Para tanto, nessa fase do presente trabalho curial trazer ao tema objeto de estudo, conceitos estudados nos capítulos iniciais, onde se teceu comentários sobre como se configuraria o abuso do processo, para uma análise em conjunto de ambos os temas, de forma a se estabelecer parâmetros de uso do instituto a fim de evitar práticas lesivas ao processo.

Nessa ordem de ideias, nos casos em que a oposição de embargos prescinde da garantia do juízo ou nos casos em que a penhora já está devidamente formalizada, o ordenamento confere ao executado uma situação processual de apresentar sua defesa, sob pena de se confirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título que instrumentaliza a execução. Trata-se, assim, de um ônus do executado, que deve apresentar sua defesa, na forma que a lei estabelece.

Dessa forma, o ordenamento estabelece qual o meio que o executado deve se utilizar. Esse meio que a lei faculta ao executado tem seu regramento pré-determinado. Há forma, prazo, matéria, competência, dentre outras exigências legais que o executado deve observar. De outro lado, se infere a finalidade desse instrumento posto à disposição ao executado, qual seja, de impedir o prosseguimento de uma execução em

que o crédito não subsiste (ao menos na quantidade/qualidade) inserida no título executivo.

Em vista desse cotejo entre meio e fim, qual o sentido do legislador estabelecer todos os requisitos para o manejo dos embargos do devedor? A resposta só pode ser uma. O legislador sabe que a finalidade da defesa do executado não pode inviabilizar a finalidade do próprio processo executivo a que esta defesa está ligada. Trata-se de um sistema, um todo orgânico, dotado de um sentido lógico. Há, decerto, que se resguardar uma etapa do processo para se garantir o direito de defesa. Mas, de outro lado, não se pode olvidar dos demais princípios, tais como do devido processo legal, da efetividade do processo, da duração razoável dos feitos, a fim de levar a efeito apenas um deles.

Nessa ordem de ideias, não parece desproporcional admitir o manejo de outro meio (instrumento) para atingir a finalidade que o ordenamento assegurou aos embargos do devedor.

Como salientado alhures, na ausência de lei a reger a situação concreta ocorrida no mundo fenomênico, deve o operador do direito se utilizar dos princípios, que também são norma jurídica, assim como a lei e se tornam importante ferramenta para situações em que a lei nada dispõe a respeito.

No presente caso, tendo em vista a inexistência de lei autorizando e delimitando o manejo de defesa heterotópica como forma de oposição do executado, cabe aos princípios a tarefa de verificar se este instrumento é próprio para preservar os interesses do sujeito do processo, observando, sempre, as finalidades ínsitas ao ordenamento. No caso, oportuno é o princípio da proporcionalidade.

Por intermédio deste princípio consoante já explanado anteriormente, faz-se uma ponderação entre meios e fins a fim de se apurar se há a justa medida entre eles.

No caso em apreço, a defesa do executado por meio de ação autônoma, quando perpetrada com a finalidade de se substituir aos embargos à execução, ou seja, quando tiver mesmo conteúdo e pedido daquele meio legalmente previsto, deve observar os requisitos que a lei elencou para a propositura da ação incidental de embargos, notadamente em relação ao prazo de oposição.

Caso não se empreste à situação esta interpretação, restaria prejudicado o cotejo entre meio e fim que a própria lei previamente estabeleceu.

Pelo exposto, a defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, a defesa heterotópica, conquanto não legalmente prevista, é um meio proporcional de defesa do executado, que tem o importante compromisso de observar o princípio do

contraditório e da ampla defesa, notadamente em casos em que o executado não teria outros meios de apresentar suas razões de defesa. Ocorre que na medida em que o executado se utiliza desse instrumento, quando poderia se utilizar dos embargos, sem observar os requisitos ínsitos a esse meio de defesa, a prática se torna desproporcional, e por isso, passa a ser um meio inadequado para se atingir a finalidade almejada. Consigne-se, por oportuno, que a adequação é o primeiro dos elementos formadores do princípio da proporcionalidade. Não havendo sua observância, o meio passa à desproporcionalidade e, por isso, abusivo ao processo.

Trago a colação nesse sentido os elementos que justificam o abuso do processo, quais sejam, ser ato formalmente legal, isto é, dotado de aparência de legalidade, mas perpetrado com o desvio de finalidade, já que a medida serviria de meio para substituir a oposição de embargos, sem a observância de seus parâmetros legalmente estabelecidos, mormente seu prazo.

É certo que a tese acima encontra resistências na doutrina e na jurisprudência. Sandro Gilbert Martins é enfático em afirmar tese contrária, conforme trecho de sua obra a seguir transcrito:

O uso da defesa heterotópica também pode ser imaginada dada uma situação em que o executado deixou transcorrer “in albis” o prazo para o oferecimento de embargos – pode ter optado em fazê-lo ou realmente por realmente por ter perdido o prazo – ou tenha o executado deixado de alegar alguma matéria de defesa(substantiva) nos embargos e queira em seguida fazê-lo. Aliás, mesmo após terem sido os embargos julgados improcedentes, poderá o executado deduzir matéria antes não ventilada. Ou então, quando o executado tenha os embargos liminarmente rejeitados ou não analisados no mérito.<sup>11</sup>

O precitado autor justifica sua tese pela ausência de preclusão que inviabilize a propositura de uma demanda fora do prazo estabelecido para os embargos do devedor, já que esta é instituto que emana efeitos apenas endoprocessualmente.

Para tanto, cita Sérgio Shimura que assim leciona:

Não se pode cogitar de preclusão para a propositura de ação autônoma. A preclusão é um acontecimento que surge no processo. Explica tão somente a impossibilidade de ajuizar a ação de embargos depois de vencido o termo legal, mas nunca a

---

<sup>11</sup> Op. Cit., p. 147.

vedação de uma ação posterior, de cognição, sobre matéria que nem sequer foi ventilada no processo executivo.<sup>12</sup>

Ainda segundo o mencionado autor, não se poderia desenvolver outro raciocínio sob pena de se incorrer em injustiças, tais como vedar a rediscussão da matéria na hipótese de defeito no ato citatório executivo ou mesmo no ato de intimação da penhora.

Corroborando a tese acima esposada também está o então ministro do Superior Tribunal de Justiça Athos Gusmão Carneiro, consoante se infere da ementa abaixo transcrita:

Incorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.<sup>13</sup>

De outro lado, importante nesse sentido consignar as lições de Enrico Redenti que se insurgiu contra esse fato desenvolvendo o entendimento que inadmite a propositura de uma ação de conhecimento com o mesmo teor dos embargos de executado porquanto esta via estaria preclusa para o réu<sup>14</sup>. Manoel Caetano Ferreira Filho inclusive considera a obra de Redenti, já que “não se pode deixar de reconhecer a originalidade e, ao menos no caso da execução, a validade prática da imposição de Redenti”.<sup>15</sup>

Ora, é cediço que a preclusão é fenômeno endoprocessual. Contudo, agasalhar a tese na forma que a doutrina e a jurisprudência citados o fazem é distorcer o sistema processual. Daí a importância de Enrico Redenti.

Nesta senda, cite-se também Nelson Palaia Ribeiro de Campos<sup>16</sup> e Maria Lucia Giangiacomo Bonilha<sup>17</sup> que também rechaçam, por outros argumentos, a hipótese do executado ajuizar demanda contendo a mesma pretensão dos embargos do devedor após o prazo legal para a apresentação deste meio de defesa.

---

<sup>12</sup> Título executivo, Saraiva, São Paulo, 1997. Apud. Sandro Gilbert Martins, op. cit. p. 202.

<sup>13</sup> AgRag 8.089/SP DJ 20.05.1991

<sup>14</sup> Diritto Processuale Civile, a cura di Mario Vellani, v. I, 4ª edição, Milano, 1995., Apud, Sandro Gilbert Martins, Op. Cit. p. 200.

<sup>15</sup> A preclusão no direito processual civil, Juruá, Curitiba, 1991, p. 37.

<sup>16</sup> Anulatória de título de crédito não impede execução, RePro nº 16, 1979, p. 174.

<sup>17</sup> Os embargos do executado e a ação declaratória negativa do débito, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1991, p. 187.

Diante de todo o raciocínio desenvolvido pela doutrina e jurisprudência acima transcritas, cumpre tecer as seguintes considerações:

Conforme mencionamos anteriormente, é certo que a preclusão é fenômeno que incide para dentro do processo. Assim como a coisa julgada, são institutos do direito processual que asseguram a segurança jurídica aos litigantes. A diferença é que a coisa julgada, quando material, produz efeitos para fora do processo. Esse é o raciocínio clássico que se verifica em qualquer doutrina de direito processual civil.

Ocorre que o caso objeto de análise é repleto de peculiaridades. Sendo assim, temos que fazer uma leitura dos institutos do processo também de modo peculiar. Tudo com o fito de preservar a lógica do sistema processual.

Sendo assim, não podemos adotar um entendimento clássico e estanque do que venha a ser preclusão e seus efeitos, dentro de uma realidade não clássica e pouco convencional. Está-se diante de uma espécie de defesa externa ao processo (por vezes antes dele). Dentro dessa peculiaridade, curial se fazer uma releitura dos institutos de forma a adaptá-los a essas formas pouco usuais de manejo do processo.

No caso da preclusão, não pendem dúvidas na doutrina, de que é instituto que gera efeitos apenas para dentro do processo. Assim, o réu que não apresenta contestação na forma e modo legalmente estabelecidos, tem seu direito de defesa obstado no processo, justamente pela preclusão.

Ocorre que em razão da singularidade da existência de um modo de defesa do executado que exorbita os limites da relação jurídico-processual antes havida, exige-se um alargamento desse conceito de preclusão.

Assim, no caso em apreço, o executado que não opõe embargos na forma e prazo legalmente estabelecidos tem precluso o seu direito de apresentá-los posteriormente.

Ocorre que, para além disso, quando o executado ajuíza ação com idênticos teor e pedido do instrumento previsto na lei, com o fito de substituir os embargos não opostos (ou apresentados sem observar as prescrições legais), é imperioso se considerar que aquela preclusão existente no processo reverbera efeitos para fora dele e fulmina a pretensão inserida naquela demanda ajuizada.

Saliente-se que esses efeitos externos da preclusão têm o condão de atingir a defesa heterotópica porque demonstram que para aquela ação falece uma de suas condições, qual seja, o interesse de agir, justamente pela inadequação da via eleita pelo executado.

Note-se, que em certo sentido, há similaridade de pensamento no que concerne à adequação estudada como elemento do princípio da proporcionalidade e adequação como elemento do interesse de agir que condiciona uma ação. Em ambos os casos há relação entre meios e fins.

Assim, o uso da defesa heterotópica com a finalidade de substituir os embargos do devedor é prática abusiva e anômala do processo, haja vista ser perpetrada com uma aparência de legalidade, mas impregnada de desvio de finalidade. Dessa forma, voltamos a consignar que isso deve ser rechaçado pela doutrina e jurisprudência.

Agora, a forma técnica que se viabiliza esse não acolhimento da demanda autônoma, é considerar o autor (executado) como carecedor da ação, por ter eleito via inadequada para deduzir sua pretensão.

Saliente-se, por fim, que o exercício do direito de ação não é ilimitado. O Supremo Tribunal Federal já assentou por diversas vezes entendimento nesse sentido como se infere do Recurso Extraordinário 145.023, de relatoria do eminente ministro Ilmar Galvão, conforme transcrição que segue:<sup>18</sup>

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário

Assim, o exercício do direito de ação é condicionado e não pode ser utilizado como via alternativa, de forma a distorcer a organicidade do sistema processual.

## 5. Considerações finais

Em vista de todo o estudo que procurou sistematizar os meios de defesa do executado, e, de maneira mais acurada, delimitar o âmbito de atuação da defesa heterotópica, cotejando as várias formas de atuação do executado com os conceitos de abuso do processo, deve-se extrair as seguintes conclusões:

- Conquanto se reconheça que a preclusão é fenômeno endoprocessual, há que se emprestar nova interpretação em casos específicos, sob pena de caso contrário, um conceito estanque desvirtuar todo o sistema processual;
- Dessa maneira, na hipótese em que o executado apresenta sua defesa por intermédio de uma ação autônoma (ou seja, para fora do processo), caso transcorra em branco o prazo para a oposição de embargos, a preclusão, inicialmente havida para dentro do processo, reverbera efeitos para fora dele e

---

<sup>18</sup> DJ. 18/12/1992

fulmina o exercício do direito de ação do executado quando propõe a defesa heterotópica.

- Dessa forma e diante do fato de que o exercício do direito de ação não é absoluto, os efeitos da preclusão atingem uma das condições da ação heterotópica, de forma a tornar aquela via inadequada para a almejada providência jurisdicional.

### Referências Bibliográficas:

- ABDO, Helena Najjar, *O abuso do processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007
- ASSIS, Araken de, *Manual da Execução*, 11ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- BONILHA, Maria Lúcia Giangiacomo, *Os embargos do executado e a ação declaratória negativa do débito*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. dezembro de 1991.
- BUENO, Cássio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo. Saraiva. 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007
- CAMPOS, Nelson Palaia Ribeiro de, *Anulatória de título de crédito não impede execução*. RePro nº 16. 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba. Juruá. 1991.
- FILHO, Caleb de Melo, *As defesas heterotópicas e temas pertinentes*, extraído do site <http://jusvi.com/artigos/30248/4> acesso em 06-05-2008 às 15:27.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Embargos do Executado*. Campinas. Bookseller. 2003.
- LOPES, João Batista, *Defesa do Executado por meio de ações autônomas*. In: Execução Civil (aspectos polêmicos). São Paulo. Dialética. 2005.
- MARTINS, Sandro Gilbert, *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005
- ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 8. Revista dos Tribunais. 2000.

## A TUTELA INIBITÓRIA DO MEIO AMBIENTE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*Renata Prata Ferreira da Silva*

Bacharel em Direito pela Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro.  
Advogada.

**Resumo:** Analisam-se as questões relevantes envolvendo a tutela inibitória como um efetivo instituto processual para a proteção do direito coletivo ao meio ambiente. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais do instituto, bem como o quanto as decisões do Poder Judiciário poderão alterar as políticas nacionais que tratem do meio ambiente. Na segunda parte é estudada a tutela inibitória coletiva do meio ambiente, em seus diversos aspectos tais como (i) sua base no processo civil coletivo, (ii) a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, (iii) a antecipação de tutela, e (iv) a execução dos provimentos inibitórios. A terceira parte dedica-se à conclusão do trabalho, demonstrando a importância da construção de uma sistemática processual coletiva para a defesa dos direitos difusos e coletivos salvaguardados pela Constituição da República, e como a tutela inibitória coletiva do meio ambiente é um importante instrumento para a efetiva proteção de um meio ambiente preservado, equilibrado e de qualidade.

**Abstract:** It examines the relevant issues involving the protection as an effective inhibitory institute proceedings for the protection of collective rights to the environment. For a better understanding of the topic, the first part analyses the conceptual aspects of the institute, as well as the decisions of the judiciary that may affect national policies involving the environment. The second part studies the inhibitory collective protection of the environment in its various aspects such as (i) based on their collective civil procedure, (ii) the Law of Public Civil Action and the Consumer Protection Code, (iii) the anticipation guardianship, and (iv) the execution mechanisms of inhibitory decisions. The third part is dedicated to conclude the work, demonstrating the importance of building a systematic procedure for the collective defense of diffuse and collective rights safeguarded by the Constitution, and how the inhibitory collective protection of the environment is an important tool for effective protection of a clean environment, balanced and quality.

**Palavras-Chave:** Tutela Inibitória Coletiva; Meio Ambiente; Judicialização.

**Keywords:** Inhibitory institute; Environment; Judicialização.

**Sumário:** 1. *Introdução*. 2. *A Judicialização da Política*. 3. *A tutela preventiva no Brasil*. 4. *A tutela inibitória coletiva do meio ambiente* 5. *Conclusão*. 6. *Referências bibliográficas*.

## **1. Introdução**

A Constituição brasileira de 1988, seguindo a tendência mundial, colocou os direitos e garantias coletivos como espécie do gênero direitos e garantias fundamentais. Desse modo, a CRFB/88 consagrou o princípio da solidariedade (ou da fraternidade), demonstrando a expansão e o reconhecimento no ordenamento jurídico nacional dos direitos humanos, os quais se materializaram nesse momento através dos poderes de titularidade coletiva.

Dentro desse rol de direitos e garantias coletivas encontram-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a uma vida saudável e de qualidade, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, à saúde, à educação e a outros direitos difusos. O meio ambiente se coloca em posição de destaque atualmente, tendo em vista as notórias mudanças ambientais que estão afetando de maneira preocupante a humanidade em escala global e sem perspectiva de retrocesso natural.

Com a absorção dos recém percebidos valores coletivos pela CRFB/88, o processo civil brasileiro tradicional não se mostrava sensível a essas novas realidades, ele precisava se adaptar às novas e variadas necessidades de tutela para que conseguisse atender aos propósitos do direito material, o que é a verdadeira finalidade do direito processual. Nasce o conceito da necessidade de efetividade do processo.

Essa tensão entre as necessidades do mundo atual e os limites de atuação do direito estatal é um dos mais significativos elementos que contribuem para a crise jurídica contemporânea. O processo, como instrumento de realização do direito material, sempre sente os problemas deste de maneira mediata e reflexa. Com isso, sua adaptação é mais lenta e não consegue acompanhar as necessidades da sociedade.

A falada crise da efetividade da jurisdição estatal ocorre justamente quando o processo utilizado é inadequado para as demandas concretas de proteção de interesses garantidos pelo Estado. No entanto, é preciso que os profissionais do Direito estejam atentos a essas necessidades para buscar uma solução que de fato encerre essa crise da efetividade processual.

É importante ressaltar que quando se pensa na efetividade da tutela processual não se pensa apenas em atender aos interesses do jurisdicionado. A efetividade para ser

alcançada deve também atender aos fins do próprio Estado, os quais são verdadeiras condições para a sua existência.

A tutela jurisdicional adequada está inserida também na garantia do acesso à justiça, visto que uma proteção inadequada de um interesse protegido pelo nosso ordenamento jurídico significa muitas vezes a própria negativa de tutela.

Os direitos e garantias fundamentais coletivos são caracterizados por serem indisponíveis e não patrimoniais, e por isso não suportam essa negativa de tutela. Além disso, também pelas supracitadas características, os instrumentos processuais ressarcitórios, tradicionais segundo a ótica romana, não mais são capazes de tutelar esses novos direitos, os quais se violados já são completamente esvaziados, visto que não passíveis de satisfação por compensação posterior.

Para uma tutela efetiva dos referidos direitos seria necessário, então, um mecanismo preventivo que impeça a ocorrência, a continuação ou a repetição de ilícitos, até mesmo de maneira antecipada. Pensa-se então na necessidade de uma tutela inibitória de ilícitos.

Na década de 90 foram inseridos em nosso ordenamento jurídico dois dispositivos fundamentais para a viabilização de uma tutela inibitória coletiva, quais sejam o artigo 461 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que são compatíveis com o sistema brasileiro de tutela coletiva, em especial com o artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública.

Ambos os dispositivos, os quais inclusive possuem redação muito semelhante, garantem ao juiz a possibilidade de observar o caso concreto e determinar a melhor maneira para efetivamente tutelar o direito em questão. Eles possibilitam ao juiz a determinação de uma tutela específica, de acordo com a necessidade. A tutela de prevenção, então, ganha previsão legislativa, incorporando-se à ordem jurídica nacional, no entanto é pouco abordada pela doutrina e na prática a sua utilização está muito aquém do seu potencial.

## **2. A Judicialização da Política**

O papel do Poder Judiciário é visto sob uma nova perspectiva nesse século XXI, pois em tempos de afirmação da cidadania, a função de garantidor de direitos lhe é exigida por toda a sociedade. Ademais, em um verdadeiro Estado de Direito, não há ato que escape ao exame de legalidade efetuable pelo Poder Judiciário, o qual tem a obrigação de tutelar o direito.

Desse modo, como o filósofo Chaïm Perelman já dizia:

a busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme ao direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e eqüitativo em dado meio.[...]. (PERELMAN, 1998, P. 116)<sup>1</sup>

Nos últimos tempos verificou-se uma grande expansão do Judiciário, o qual passou a exercer uma função social de grande destaque, atraindo para si o cenário da dimensão política, o que passou a preocupar os demais Poderes do Estado.<sup>2</sup>

O direito deve ser visto dentro das relações de poder, sendo intolerável que em nome da vontade do legislador tudo o que o Estado faça seja legitimado. Com isso, o direito e a política se aproximam, sendo difícil distingui-los quando se pensa em razoabilidade, senso comum, interesse público e outros conceitos informados por relação de poder<sup>3</sup>, mas é importante ter sempre em mente que direito e política são coisas diferentes, devendo considerar as diferenças do enfoque de acordo com a abordagem política ou jurídica.

Outro fator que contribui para um aumento na confusão entre o direito e a política é o fato de que é a Constituição que transforma o poder constituinte em poder constituído, e desse modo, transforma política em direito.<sup>4</sup> Os anseios da sociedade passam de senso comum para um direito constitucionalmente reconhecido e tutelado.

O Judiciário, por outro lado, age por conta de uma necessidade da sociedade contemporânea que se mostra complexa e com muitos conflitos de massa. Conseqüentemente, o Judiciário passou a decidir ações coletivas, as quais acabam por influenciar nos planos econômicos, nos programas de governo, nas políticas públicas. Ou seja, passa a ter intensa atuação no macro-sistema político, econômico, social, além, é claro, do campo jurídico.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1998, p. 116.

<sup>2</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 55.

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6, p. 4/5.

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 14.

<sup>5</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 55.

As decisões dos magistrados são naturalmente de algum modo políticas, pois é natural na interpretação e na aplicação das disposições constitucionais, que os juízes se posicionem. Todavia, Ronald Dworkin diferencia dois tipos diferentes de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões, quais sejam os argumentos de princípio político e os argumentos de procedimento político.

Os argumentos de princípio político são aqueles que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, enquanto os argumentos de procedimento político são aqueles que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou do interesse público.<sup>6</sup>

Dworkin defende que os juízes devem basear suas decisões em argumentos de princípio político, mas nunca em argumentos de procedimento político, pois os magistrados devem tentar descobrir a solução para a controvérsia examinando o que há nos textos jurídicos, desenvolvendo teorias semânticas, e nunca em suas próprias convicções.<sup>7</sup> Caso contrário, o respeito pela lei diminuirá.<sup>8</sup>

Se aos juízes chegarem questões politicamente sensíveis não abordadas pelo legislador deliberadamente ou inadvertidamente, caberá aos juízes decidir, em razão do princípio da proibição de denegação de justiça através do qual o juiz não pode deixar de julgar, com base antes em fundamentos históricos do que em fundamentos políticos.<sup>9</sup>

A separação técnica entre o direito e a política não é possível, visto que tanto o direito como a política são inconcebíveis sem debates. Muitas vezes em um mesmo debate ambas as matérias se encontram entrelaçadas de tal modo, que se torna praticamente impossível separar o debate unicamente político do que envolva unicamente o direito. Com isso, não só é natural, como também é necessário que haja um convívio mútuo entre a política e o direito, e que haja ainda uma influência entre os dois.

Daí, onde é possível realmente diferenciar o direito da política é no campo do domínio de cada um, e não os seus conceitos em si. É no momento da sua aplicação que o direito se separa da política, e nesse domínio do direito é fundamental que a política seja afastada para manter sua integridade e o justo.

De maneira alguma deve ser defendida a politização do Judiciário para que seus componentes sejam eleitos ganhando legitimidade democrática, pois nas palavras de

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio – cap. 1, Os juízes políticos e o Estado de Direito*. São Paulo, Ed Martins Fontes, 2000, p. 6.

<sup>7</sup> Idem, p. 10.

<sup>8</sup> Idem, p. 28.

<sup>9</sup> Idem, p. 28/29.

Ronald Dworkin, se o Direito tivesse um lugar diferente, pessoas diferentes teriam um lugar no Direito<sup>10</sup>. E como muitas vezes, para não dizer a maioria delas, os ricos têm mais poder que os pobres sobre a política e sobre quem serão os representantes, principalmente, no âmbito legislativo, a sociedade em sua maioria perderá mais se o sistema sofrer essa alteração.

Se o século XIX foi marcado pela preponderância do Legislativo, e o século XX pela hipertrofia do Executivo, o século XXI é o responsável pela afirmação da cidadania, definindo direitos individuais, direitos sociais, direitos difusos e coletivos e, inclusive, os novíssimos direitos da bioética e da cibernética. Com isso, no século XXI, observou-se em escala mundial o fenômeno do ativismo<sup>11</sup>, do protagonismo judicial, gerado por essa expansão da consciência social.<sup>12</sup>

O fenômeno da judicialização pode ser descrito como a constatação de que órgãos do Poder Judiciário passaram a decidir questões de larga repercussão política e social. Esse fenômeno foi verificado em muitos países ocidentais depois do final das duas grandes guerras mundiais, porém a situação brasileira ganhou destaque pela extensão e pelo volume que esse fenômeno vem tomando.<sup>13</sup>

O Judiciário, ao decidir, ao controlar atos ilegais e inconstitucionais do governo, age verdadeiramente como um metapoder, como um poder da sociedade sobre o Estado. Esse é inclusive o sentido da independência e da imparcialidade da jurisdição, já que o Estado não julga a si mesmo, o que faz seu julgamento depender de uma cisão no poder estatal. A Constituição, então, é o pacto que faz o Estado ser responsável frente à sociedade e o Judiciário ter o poder de julgar o próprio Estado, tendo essa supremacia legitimação social.<sup>14</sup>

Decorre daí a idéia de que uma das causas apontadas para a judicialização no Brasil ter surgido com essa roupagem é o fato de o país ter se redemocratizado com a promulgação da Constituição da República de 1988. A nova constituição federal

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio – cap. 1, Os juízes políticos e o Estado de Direito*. São Paulo, Ed Martins Fontes, 2000, p. 37/38.

<sup>11</sup> Alguns autores, como Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, denominam de ativismo judicial o fenômeno tratado no presente trabalho como judicialização, sem fazer distinção com o aqui chamado ativismo judicial. No presente estudo utilizou-se a classificação de Luiz Roberto Barroso para organizar o trabalho.

<sup>12</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 60.

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 2.

<sup>14</sup> CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *Diretrizes para a Reforma do Judiciário (Democracia e Poder Judiciário)*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 68/69.

provocou o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário e, além disso, durante esse período houve também um aumento da demanda por justiça na sociedade.<sup>15</sup>

Outra causa apontada foi a constitucionalização abrangente de 1988, o que também era uma tendência mundial. Essa foi a maneira dos países chocados com as grandes guerras mundiais darem maior proteção para assuntos que a sociedade entendia como mais importantes na época. A constitucionalização era, na verdade, a transformação da Política em Direito.

O fato do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ser um dos mais abrangentes do mundo também contribuiu para que um maior número de questões de grande repercussão fosse parar nas mãos do Poder Judiciário. O sistema brasileiro é considerado híbrido ou eclético porque é a verdadeira combinação do sistema americano com o sistema europeu, agregando respectivamente o controle incidental e difuso com o controle por ação direta.

Observando o papel dado pela Constituição Federal de 88 ao Poder Judiciário, bem como o extenso rol de direitos e garantias constitucionalmente protegidos, verifica-se que o fenômeno da judicialização não foi uma opção ideológica, filosófica ou mesmo metodológica do Judiciário, mas sim o resultado do cumprimento institucional estrito do modelo constitucional vigente.<sup>16</sup> Os direitos tidos pela sociedade como verdadeiramente fundamentais, e que por isso foram traduzidos desse mesmo modo para a Constituição, não só merecem como lhes é imposta a proteção pelo ordenamento jurídico. E em um Estado Democrático de Direito, a função de garantidor dos direitos tutelados é do Poder Judiciário, que tem uma obrigação para com o ordenamento jurídico vigente, bem como para com a sociedade que legitima democraticamente esse mesmo ordenamento.

Todavia, é importante ressaltar que esse fenômeno não resultou da busca de uma intromissão maior do Judiciário nas políticas públicas, nos programas econômicos ou nos planos de governo, mas sim foi um resultado do boom processual, visto que o Judiciário só se pronunciou em razão de ter sido provocado, em virtude da propositura de ações pela sociedade.<sup>17</sup> A judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas decorre na verdade do constituinte ao estabelecer uma Constituição analítica e um sistema de controle de constitucionalidade abrangente.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 2/3.

<sup>16</sup> Idem, p. 4.

<sup>17</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 64/65.

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 13/14.

O artigo 102 da Constituição de 1988 determina que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário a tutela de todos os direitos previstos no texto constitucional, dentre eles a proteção do meio ambiente conforme o disposto no *caput* do artigo 225<sup>19</sup>.

A atuação do Poder Judiciário como garantidor do meio ambiente não se limita à atuação do STF, de acordo com o previsto pelo ordenamento jurídico no art. 105 da CRFB/88. O Superior Tribunal de Justiça tem a competência de tutelar a correta aplicação e respeito da legislação federal, como por exemplo, a Lei nº 6.938/1981, a qual prevê a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Reforçando os mecanismos possíveis de proteção do meio ambiente.

Além disso, como consequência do sistema processual vigente no país, caberá à Justiça Federal processar e julgar as causas nas quais existam interesses da União, de suas autarquias, de suas fundações ou empresas públicas, e ainda as causas que envolvam tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, conforme o previsto no artigo 109 da CRFB/1988. Caberão também residualmente à Justiça Estadual, as causas que não tenham a União ou uma de suas entidades como sujeito processual, bem como as questões que não envolvam relação de trabalho, eleitoral ou militar, o que abre um grande leque para julgar outras questões de importância ambiental.

Agora, em relação ao ativismo político, de acordo com o pensamento de Luiz Roberto Barroso<sup>20</sup>, este não possui as mesmas raízes diretas da judicialização, visto que esta decorre, no Brasil, do modelo constitucional por nós adotado. Ou seja, o Poder Judiciário só decide porque era o que lhe cabia fazer. Já o fenômeno do ativismo traduz-se como uma atitude. O Judiciário interpreta a Constituição da República de maneira proativa, e desse modo expande seu sentido e alcance.

O resultado desse comportamento é a concretização dos valores e finalidades presentes na Constituição, porém com a conseqüente maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

O ativismo político judicial se manifesta em situações como quando há a aplicação direta da Constituição; quando se declara a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; e quando há imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

---

<sup>19</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p.5.

Nota-se que esse fenômeno procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo invadir o campo da livre criação do Direito, o que é de extrema importância, visto que as linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na própria Constituição.

Conforme aponta Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial tem como oposto a auto-contenção judicial <sup>21</sup>, que é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Essas duas posições costumam ter movimento pendular que varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.

O Brasil, atualmente, vive um período de grande popularidade dos chefes do Poder Executivo, bem como uma fase de grave crise de representatividade, legitimidade e funcionabilidade do Congresso Nacional. Como resultado, o Judiciário acaba por atender as demandas da sociedade não satisfeitas pelo Legislativo. <sup>22</sup>

O maior papel do Poder Judiciário, o qual é uma garantia essencial dos direitos<sup>23</sup>, levanta muitas críticas por parte da doutrina. A primeira crítica reside no risco que esse ativismo traz para a legitimidade democrática. Os membros do Poder Judiciário não são eleitos, mas com o ativismo estariam desempenhando verdadeiro poder político. O controle é essencial porque no sistema democrático não se admite poder incontrolado, poder irresponsável, poder ilimitado, pois se assim permitisse seria para Dalmo de Abreu Dallari verdadeiro absolutismo. <sup>24</sup>

Ou seja, essa crítica reside no fato de que o Judiciário, sem ter o respaldo da legitimidade popular, estaria anulando decisões daqueles que verdadeiramente tem essa legitimidade, esse respaldo baseado na vontade do povo que os elegeram.

Todavia, pode ser que a conclusão a que se chegue no controle do Judiciário seja a de significar um cerceamento da independência dos juizes, o que não procede. A forma de controle que se discute não se pauta no controle do conteúdo das decisões dos magistrados, não envolve o exercício da função jurisdicional. <sup>25</sup> A independência do Poder Judiciário é fundamental em um Estado Democrático de Direito. O que se propunha é o controle administrativo, em relação as motivações sobre uma demora excessiva no trâmite envolvendo os juizes, o que veio a ser concretizado em 2004 na

---

<sup>21</sup> Idem, p. 6/7.

<sup>22</sup> Idem, p. 7.

<sup>23</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Controle Democrático do Judiciário, em Democracia e Formação dos Juizes – Seminário – Rio de Janeiro – 25 – 26 de agosto de 1997*. Instituto dos Advogados Brasileiros, p.20.

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Controle Democrático do Judiciário, em Democracia e Formação dos Juizes – Seminário – Rio de Janeiro – 25 – 26 de agosto de 1997*. Instituto dos Advogados Brasileiros, p.23.

<sup>25</sup> Idem, p.23.

Emenda Constitucional nº 45, com a criação do Conselho Nacional de Justiça ao ser inserido na Constituição o art. 103-B.

Não se pode esquecer também que formas de controle externo do Judiciário já existem, como a participação da Ordem dos Advogados do Brasil no concurso para o ingresso na magistratura; a aprovação da proposta orçamentária pelo Legislativo com a sanção do Executivo; a liberação das verbas de execução financeira do orçamento pelo Executivo; a nomeação de Ministros do STF e dos tribunais superiores pelo Executivo, com a participação do Legislativo; e a aprovação de contas pelo Tribunal respectivo, o qual é órgão auxiliar do Legislativo.<sup>26</sup>

Ademais, segundo Luiz Roberto Barroso, o raciocínio de que o Judiciário não tem o respaldo da legitimidade popular poderia parecer acertado em uma primeira análise. No entanto, a atuação do Poder Judiciário também tem respaldo democrático e este reside no texto maior, na Constituição da República, a qual expressamente atribui esse poder ao Judiciário, conforme o seu artigo 102, de ser o guardião da Constituição.<sup>27</sup>

Além dessa legitimidade formal, o Judiciário encontra a legitimidade material para a sua ação através do próprio Estado Democrático, quando demonstra aptidão para a tutela efetiva dos direitos fundamentais do homem, realizando as promessas da sociedade política, cumprindo os objetivos fundamentais da República.<sup>28</sup>

Para a existência da democracia é necessária a independência do Judiciário, visto que somente do modo como é constituído pela Constituição é que o Judiciário é capaz de suportar o embate com a classe política, pois caso contrário o Judiciário seria cooptado pelo poder político. Desse modo, deve buscar na própria sociedade o seu título de exercício como órgão da democracia. O seu vínculo com a sociedade está na origem, na Constituição.<sup>29</sup>

Norberto Bobbio inclusive entende que a democracia possui um duplo sentido, sendo um formal e o outro material. No sentido formal, democracia é o governo do povo tradicionalmente pensado. E o sentido material de democracia consiste no governo

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 57.

<sup>27</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 8.

<sup>28</sup> CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Legitimação Social da Magistratura*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p.174/175.

<sup>29</sup> CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *Diretrizes para a Reforma do Judiciário (Democracia e Poder Judiciário)*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 69/70.

para o povo.<sup>30</sup> Nesse último sentido, não há democracia sem a efetivação dos direitos fundamentais, visto que a Constituição, que é uma carta de intenções da sociedade com força normativa, elegeu conteúdos mínimos e cabe ao Judiciário concretizar esses direitos.

Existe ainda um fundamento filosófico nessa atuação do Judiciário, qual seja o fato de que um Estado Constitucionalmente Democrático é composto do constitucionalismo e da democracia. A Constituição estabelece o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais, enquanto a Democracia estabelece a soberania popular. Então, a proteção dos valores e direitos fundamentais deve ser feita na mesma intensidade da soberania popular, pois são valores conjuntos e não adversários.<sup>31</sup>

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário de maneira alguma pode suprimir o governo da maioria com suas atuações. O ponto de envolvimento legítimo do Judiciário está restrito às atuações fundamentadas racionalmente na Constituição da República, e nada além.<sup>32</sup> O Judiciário não pode ser feito de remediador incondicional para todos os problemas políticos e sociais, pois não pode invadir o espaço de exercício legítimo da Administração e do Legislador, bem como não pode obviamente passar por cima do ordenamento jurídico para solucionar questões polêmicas e de grande apelo popular.

Por uma questão de equidade, o Judiciário não deve buscar tomar decisões políticas, visto que a democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, o poder político dos cidadãos, que elegem seus legisladores e não os seus juízes, acabará sendo enfraquecido.<sup>33</sup>

Todavia, esse raciocínio não pode ser aplicado às decisões que envolverem direitos. Não há razão para pensar em abstrato que a transferência de decisões sobre direitos do legislativo para os tribunais retardará o ideal democrático da igualdade de poder político, pois, contrariamente, pode acabar por promover esse ideal.<sup>34</sup>

Uma segunda crítica feita é o risco de politização da Justiça. O Direito não é propriamente Política, mas a diferença entre esses institutos não é sempre nítida. O Direito é Política quando na sua origem é verdadeiro produto da vontade da maioria, que se manifesta nas leis e na Constituição; quando sua aplicação não é dissociada da realidade política na qual o conflito se fundou; e no fato de que os magistrados são seres

---

<sup>30</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6, p. 11/12.

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 9.

<sup>32</sup> Idem, p. 10.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio – cap. 1, Os juízes políticos e o Estado de Direito*. São Paulo, Ed Martins Fontes, 2000, p. 30.

<sup>34</sup> Idem, p. 32.

humanos, dotados de memória e pensamentos, os quais naturalmente acabam por influenciar sua interpretação sobre os fatos e o direito, e com isso de alguma forma ganham uma dimensão política, mesmo que nos limites do ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

No entanto, Direito não é Política quando exige sempre decisões fundamentadas, e não permite a discricionariedade que permeia a política, a qual admite livres escolhas, escolhas tendenciosas e também partidarizadas. O magistrado está adstrito ao dever de buscar a solução mais correta, justa e plausível. Suas decisões são motivadas, mediante o uso de argumentos racionais e persuasivos, e desse modo às legitimam.<sup>36</sup>

O juiz não pode perder de vista que apesar de não ser eleito exerce poder representativo, e por isso mesmo sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. O Judiciário não pode ser populista, pois muitas vezes a sua atuação para ser conformada com o ordenamento jurídico nacional será contramajoritária, visto que infelizmente a sociedade é ignorante do mundo jurídico, apesar de este tanto afetar a vida dela.<sup>37</sup>

Outra crítica feita envolve a capacidade institucional do Judiciário. Essa crítica envolve a questão da percepção de qual Poder está mais habilitado para decidir sobre determinada matéria. No caso, por exemplo, de haver estudos técnicos e científicos adequados, os magistrados devem prestigiá-los, não sendo o mais qualificado. Muitas vezes será o caso de prestigiar as preparações do Legislativo e do Executivo, devendo ter a humildade de observar isso.<sup>38</sup>

Uma última crítica feita aos limites de atuação do Poder Judiciário é em relação aos efeitos sistêmicos que suas decisões geram. O magistrado nem sempre está preparado e atento para perceber as dimensões que suas decisões podem tomar quando observadas em conjunto. O juiz está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, e os macro-impactos são às vezes ignorados, imprevisíveis e de difícil visualização como um todo. Essa crítica é muito construtiva, pois atenta para uma realidade na Justiça brasileira, a qual pode ser contornada com uma preparação maior do magistrado quando se deparar com tais situações.<sup>39</sup>

A reserva do possível também é apontada como um entrave para o Judiciário, visto que ao concretizar as condições mínimas necessárias à tutela dos direitos, é preciso entender que essa concretização dos direitos tem custos a serem suportados pelo Estado.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 11.

<sup>36</sup> Idem, p. 11.

<sup>37</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010, p. 12.

<sup>38</sup> Idem, p. 12/13.

<sup>39</sup> Idem, p.13.

E este, é economicamente limitado em seus recursos disponíveis e suas infinitas necessidades a serem supridas pela implementação dos direitos.<sup>40</sup>

A reserva do possível é uma limitação concreta e não ideal, visto que essas questões econômicas não prevaleceriam no conflito com direitos fundamentais. É uma realidade a ser enfrentada, mas, no entanto, não significa a prevalência do aspecto econômico. A reserva do possível representa a necessidade de atentar para essas questões, e desse modo, de fato buscar maneiras de concretamente tutelar o mínimo existencial, evitando prolatar decisões que por questões práticas não terão como ser aplicadas.

### **3. A tutela preventiva no Brasil**

A tutela inibitória surgiu com o fenômeno do neoprocessualismo, que foi observado por notáveis mudanças nas formas como os meios de tutela dos direitos materiais eram prestados.<sup>41</sup>

No processo civil é importante atentar para a diferença entre sentença e tutela do direito. A sentença é o meio processual preordenado para prestar uma tutela, enquanto a tutela do direito é o resultado que o processo proporciona ao autor no plano do direito material.

A tutela inibitória é uma forma de tutela que tem uma idéia central voltada para o futuro. O seu objetivo é impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou sua continuação, visto que vários direitos quando violados não são passíveis de satisfação com a fórmula da reparação pelo equivalente pecuniário.

Para entendermos melhor como funciona a tutela inibitória, primeiramente é preciso compreender que o ato ilícito e o dano não são conceitos unificados. O ato ilícito é aquele ato contrário ao direito, ao ordenamento jurídico. Já o dano é a simples consequência eventual de um ato que contraria o direito, de um ato ilícito.

A tutela inibitória, com seu cunho preventivo, tem como seu pressuposto único o ato ilícito, e não o dano. O dano está no conseqüente justamente do ato ilícito que a tutela preventiva quer evitar. Ou seja, por uma análise temporal percebe-se que a atenção da tutela inibitória não está no dano causado, mas sim em impedir a ocorrência do que poderá causar esse dano.

---

<sup>40</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6, p. 13.

<sup>41</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6, p. 30.

É de fácil observância que o dano, por ser consequência do ilícito, muitas vezes é o que torna o ilícito visível. Com isso, a tutela inibitória em diversos casos impedirá a prática do dano. No entanto, é de suma importância a compreensão de que a tutela inibitória não é voltada para o dano, mas sim para o ato ilícito.

O dano é indispensável no caso da configuração da obrigação ressarcitória, da responsabilidade civil, e não para a configuração de um ato ilícito.<sup>42</sup> Tendo isso em mente, o estudo do dano não será necessário para o presente estudo, mas a sua conceituação é importante para não haver confusões. De tal modo, se o ilícito é independente do dano, deve haver uma tutela contra o ato contrário ao direito propriamente dito, e é nesse momento que interessa o estudo da tutela inibitória.

Então, o pressuposto da tutela preventiva é a probabilidade da ocorrência de um ato ilícito. Ou seja, para haver tutela inibitória é preciso unicamente que haja a probabilidade de um ato contrário ao direito.

Além disso, como o foco da tutela preventiva é no ato ilícito e não no dano, é desnecessária também a demonstração de culpa ou dolo. O elemento subjetivo não determina a constituição de um ilícito. O ilícito é constituído com a prática de um ato que seja contrário ao direito pura e simplesmente.

Ademais, a tutela inibitória quando existente para impedir a prática provável de um ilícito, sua repetição ou continuação, não há razão para pensar em culpa. Essa forma de tutela está voltada para o futuro, para impedir que o direito sofra uma violação, que volte a ser violado, ou que continue sendo violado, e não para o ânimo do agente quando os atos ilícitos ocorreram. Conclui-se então que o pressuposto da tutela inibitória é apenas a probabilidade da prática de um ato ilícito, ou de sua repetição ou continuação.

A evolução da sociedade com o fim das duas grandes guerras mundiais levou à observação de novos enfoques e novos direitos, dentre eles os direitos de terceira geração, quais sejam os direitos coletivos, superando a visão individualista até então dominante. Em uma sociedade de massa, são compartilhados vários problemas e conflitos, os quais acabam muitas vezes por ter a mesma origem, e existem ainda os interesses pertencentes à uma coletividade, impassíveis de serem tutelados individualmente.

Com isso, foi preciso que o Processo Civil se adaptasse, desenvolvendo formas e mecanismos para que essa sociedade pudesse defender seus interesses coletivos como uma comunidade, acompanhando as necessidades dos recém descobertos direitos materiais, os quais muitas vezes ganharam inclusive o status de direito fundamental, o

---

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 36.

que exige a disponibilização pelo processo civil de técnicas de tutela efetiva desses direitos.

A tutela inibitória é uma tutela específica, objetiva a manutenção da integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir.<sup>43</sup>

A tutela inibitória é requerida via ação inibitória e constitui verdadeira ação de cognição exauriente, podendo também ser concedida por tutela antecipada. Além disso, de acordo com o previsto no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC, não há qualquer restrição substancial quanto ao uso da tutela inibitória, podendo esta ser postulada para preservar qualquer direito. Esse amplo campo de aplicação deriva diretamente das origens da tutela preventiva no Brasil, qual seja o art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, garantindo a existência de uma técnica processual capaz de prestar efetivamente a tutela dos direitos.<sup>44</sup>

Outra questão importante em relação à tutela inibitória é a constante confusão de que essa forma de tutela se restringe a uma obrigação de não fazer, a uma prestação negativa. Essa visão não é correta, tendo em vista que a busca em evitar o ilícito pode necessitar não só de uma abstenção, um permitir ou um tolerar pela parte requerida, como também pode exigir a adoção de alguma atividade concreta por ela.<sup>45</sup>

Se a tutela inibitória demandar uma prestação de abstenção ou de tolerância (permissão), será caso de tutela inibitória negativa. Mas, se o impedimento do ilícito exigir uma prestação de fazer algo, a tutela inibitória será positiva. E o que é relevante na opção em utilizar a tutela inibitória negativa ou a positiva é a adequação ao caso concreto, podendo ser dada antecipadamente ou ao final do processo, e de acordo com o observado pelo magistrado, o qual não fica adstrito ao exatamente pedido pelo requerente.<sup>46</sup>

Cabe ressaltar a diferença entre a tutela inibitória positiva e a tutela inibitória ressarcitória. Na primeira, as ações positivas buscam impedir que o ilícito aconteça, continue acontecendo ou se repita. É muito comum essa forma de tutela na proteção do meio ambiente, visto que muitas vezes para impedir o ilícito da poluição, por exemplo, é necessário que seja adotada uma série de comportamentos positivos (de fazer algo) por conta das empresas. Já a tutela ressarcitória exige muitas vezes uma prestação

---

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 38.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 39 e 82.

<sup>45</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 6 – Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo. Ed. RT, 2003, p. 223.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 138/139.

positiva por parte do requerido, mas com o intuito de desfazer, de remover o ilícito. Ter em mente que uma característica fundamental da tutela inibitória é o fato dela ser voltada para o futuro auxilia bastante na visualização da diferença entre essas formas de tutela.<sup>47</sup>

A tutela inibitória exige um procedimento que resulte em uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipada. Ambos os institutos são de suma importância para dar efetividade à tutela, visto que sem meios coercitivos e sem meios de evitar a ineficácia do resultado final o direito não estaria sendo concretamente tutelado pelo ordenamento processual.

O artigo 461 do CPC e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor satisfazem exatamente essa necessidade, *in verbis*, respectivamente: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” e “Art. 84. 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.”.

Marcelo Abelha Rodrigues, assim como a maior parte da doutrina, defende que o art. 461 do CPC (e conseqüentemente o art. 84 do CDC pela redação similar) abarca, além da tutela preventiva específica, a tutela reparatória específica (em natura) e a tutela reparatória genérica (em pecúnia), visto que ambas as formas de tutela se inferem do contexto do *caput* do artigo, quando diz “resultado prático equivalente”.<sup>48</sup>

O artigo 461 do CPC, em seu parágrafo 4º possibilita ao juiz que ordene sob pena de multa tanto na sentença como na tutela antecipada, estabelecendo que “§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

A multa é verdadeiro instrumento de coerção capaz de convencer o réu a não fazer ou fazer, conforme se tema a ação ou a omissão para impedir a ocorrência do ilícito. Sem esse meio não haveria efetividade na tutela inibitória, pois nada incentivaria o réu a não cometer o ilícito.

O art. 461 do CPC, bem como o art. 84 do CDC, ao admitirem a pena de multa na sentença e na tutela antecipada viabilizaram a sentença mandamental e decisão

---

<sup>47</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Temas Atuais de Direito Processual Civil* – v. 6 – *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo. Ed. RT, 2003, p. 223/224.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 64

interlocutória concessiva de tutela antecipatória com igual eficácia. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o fato do CPC só admitir a “execução provisória” da sentença em hipóteses excepcionais, não impede que a tutela inibitória possa ser efetivamente prestada, mesmo que o juiz já esteja em condições de proferir a sentença. Isto, porque havendo “justificado receio de ineficácia do provimento final” (justificado receio de que o ilícito possa ser praticado, repetido ou continuar) torna-se possível o que se denomina “tutela antecipatória final”.<sup>49</sup>

O art. 461, §3º do CPC possibilita a tutela inibitória antecipada, enquanto o §5º quebra o princípio da tipicidade das formas executivas, resultando em uma ação mais ampla ao magistrado, o qual pode determinar a medida mais adequada a impedir o ilícito no caso concreto, tendo no dispositivo apenas uma enumeração exemplificativa.<sup>50</sup>

Da leitura dos §§4º e 5º do art. 461 do CPC, assim como do art. 84 do CDC, verifica-se que ambos os dispositivos legais constituem exceções ao princípio de que a sentença deve ficar adstrita ao pedido, cabendo ao juiz optar entre multa ou outra medida sub-rogatória capaz de conduzir ao resultado prático do adimplemento.

Ademais, ao serem compreendidos os pressupostos da tutela inibitória, observa-se que o próprio procedimento inibitório torna-se um procedimento “sumarizado”, um procedimento que não admite a discussão de questões estranhas à tutela contra o ilícito que poderiam nele ser postas na ausência de uma adequada compreensão da real fisionomia da tutela inibitória, o que é essencial para a celeridade e, conseqüentemente, para a efetividade desta importante forma de tutela.<sup>51</sup>

O procedimento do art. 461 do CPC, bem como do art. 84 do CDC, é pleno e exauriente, sendo fundamental a compreensão da situação de direito material que será por ele tutelada, visto que se o objetivo é evitar o ilícito, não importando o dano, a culpa ou o dolo, não é possível admitir no procedimento inibitório alegações e provas que digam respeito a qualquer um desses elementos.

O delineamento dos pressupostos da tutela a que deve servir é de suma importância, justamente porque o art. 461 do CPC, assim como o art. 84 do CDC, abre margem para diversos tipos de tutela, de acordo com a necessidade do direito material. Desse modo, o esclarecimento dos pressupostos da tutela solicitada elimina do procedimento a possibilidade de cognição de questões que não precisam ou não podem ser discutidas, garantindo que o direito material seja adequadamente tratado.

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 309.

<sup>50</sup> Idem, p. 87.

<sup>51</sup> Idem, p. 311/313.

Cabe ressaltar que o artigo do CDC viabiliza a prestação da tutela inibitória em campo de atuação diferente do CPC, não representando uma simples repetição de texto legal. Com ele, a tutela preventiva pode ser aplicada a todos os interesses difusos e coletivos, não sendo restrita às relações de consumo, como de pronto pode aparentar. Essa norma faz parte de um sistema organizado para tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, formado pela Lei da Ação Civil Pública e o Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Em 1985 com a promulgação da Lei 7.347, a chamada Lei da Ação Civil Pública, iniciou-se a tutela inibitória coletiva quando o seu artigo 11 dispôs que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

Todavia, esse dispositivo legal previa apenas a tutela inibitória coletiva em suas espécies remoção de ilícito e impedimento da sua repetição, mas não em sua modalidade mais pura, qual seja a de impedir que o ato contrário ao direito seja praticado. Essa modalidade da tutela inibitória coletiva só foi processualmente prevista em 1990, com a promulgação da Lei 8.078, o então Código de Defesa do Consumidor com o já citado artigo 84.<sup>52</sup>

A sistematização da tutela inibitória coletiva somente foi possível em virtude da previsão legal do artigo 90 do CDC, o qual mandou aplicar às ações ajuizadas com base no CDC as normas da Lei da Ação Civil Pública, e a previsão do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, o qual mandou aplicar às ações nela fundadas as disposições processuais do CDC. Desse modo, fez-se um sistema de tutela coletiva dos direitos fundado na Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o artigo 83 do CDC ao dizer 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”, estaria reforçando ainda mais o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual sobre todos os direitos consagrados pelo CDC.

Cabe ressaltar que tanto o art. 461 do CPC como o art. 84 do CDC constituem fontes de instrumentos processuais aptos e necessários à tutela inibitória em suas diversas espécies. Todavia, esses dispositivos não constituem o fundamento da tutela inibitória, mas sim técnicas processuais. O fundamento da tutela inibitória está no art.

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 93.

5º, XXXV da CRFB/88, o qual estabelece o princípio e a garantia do acesso à justiça inclusive frente à ameaça de lesão de direito.<sup>53</sup>

Além disso, os artigos 461 do CPC e 84 do CDC não dispõem unicamente das técnicas para uma tutela inibitória, mas possibilitam também outras formas de tutela, como a tutela de remoção de ilícito e a tutela ressarcitória específica, as quais não se confundem com a tutela inibitória.<sup>54</sup>

A tutela inibitória tem conteúdo satisfativo, bem como tem a característica de definitividade, alcançando sua razão de ser que é o impedimento da ocorrência de um ilícito, e conseqüentemente a proteção de direitos muitas vezes não-patrimoniais. A sua essência é preventiva, e com isso possui uma restrição natural no campo probatório, o que resulta em uma prestação jurisdicional mais célere e de fato efetiva para o propósito inibitório.

No entanto, ainda sim existem situações em que mesmo mais rápida que o normal, a tutela final inibitória não será suficiente para impedir a ocorrência do ilícito, necessitando também de uma tutela antecipada, provisória e urgente. É o caso, por exemplo, da percepção tardia de que um direito encontra-se ameaçado, estando já iminente a violação, ou ainda, quando não houver elementos suficientes para demonstrar a ameaça de lesão e esta já está muito próxima.

O objetivo da tutela inibitória antecipada é justamente impedir que a demora na outorga do provimento final venha a inviabilizar a proteção inibitória que se requer. Um mecanismo de antecipação de tutela imediato é de suma importância.

Desse modo, há uma verdadeira antecipação dos efeitos do provimento final, sendo inviável pensar unicamente em proteção cautelar como uma forma razoável de tratar a situação. O provimento cautelar visa prevenir um dano, e não um ilícito, não sendo suficiente ao perfil da tutela inibitória, no qual a verificação ou não de dano não é observada. A medida cautelar também não satisfaz por inteiro as necessidades da tutela inibitória porque não tem caráter satisfativo, mas sim precário, sendo incapaz de impedir o ilícito que se teme. É necessário o caráter satisfativo, mesmo que provisório, de uma tutela antecipada.

Todavia, a tutela preventiva pode ser objeto de provimento cautelar, com fundamento no §3º do art. 84 do CDC, bem como no §3º do art. 461 do CPC, conforme a verificação concorrente dos requisitos da cautelar de *fumus boni juris* (relevância do

---

<sup>53</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 115.

<sup>54</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 117 e 119.

fundamento) e de *periculum in mora* (justificado receio de ineficácia do provimento final).<sup>55</sup>

A tutela antecipada está prevista nos artigos 273<sup>56</sup> e 461, §3º<sup>57</sup> do CPC, e no art. 84, §3º<sup>58</sup> do CDC, sendo este último especialmente direcionado para a tutela inibitória coletiva. Em relação a esses dispositivos, Nelson Nery Jr.<sup>59</sup> entende que são previsões de diferentes instrumentos, visto que o art. 273 possui requisitos mais exigentes que os demais. O referido artigo fala em comprovação inequívoca da verossimilhança, enquanto os demais dispositivos legais falam apenas em demonstração da relevância do fundamento.

Todavia, Sérgio Cruz Arenhart<sup>60</sup> possui entendimento diametralmente oposto, defendendo que todos os dispositivos contêm regulamentação complementar e simbiótica, exigindo a mesma idéia de plausibilidade para a concessão de tutela antecipada. O jurista defende também que mesmo que não haja concordância com a idéia da interação entre tais dispositivos, a norma do art. 273 é uma cláusula genérica, podendo ser aplicável em qualquer processo e em qualquer instância. Daí, mesmo que os requisitos de um dispositivo não forem satisfeitos, a antecipação de tutela poderá ser concedida com fundamento em outro.

Considerando os três artigos de forma sistemática, entende-se a possibilidade de também no processo coletivo, o qual tem especial previsão de tutela antecipada no art. 84, §3º do CDC, de a tutela antecipatória inibitória coletiva ser possível fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, previsto no inciso II do art. 273 do CPC.

Os requisitos da tutela antecipada, como nas tradicionais tutelas de urgência, refletem o *periculum in mora* e a verossimilhança. Desse modo consistem na demonstração da relevância do fundamento e do justo receio de ineficácia do

---

<sup>55</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual- Coleção José do Patrocínio- v. 1*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 353.

<sup>56</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>57</sup> Art. 461, § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

<sup>58</sup> Art. 84, § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

<sup>59</sup> NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo, Ed. RT, 1995, p.77.

<sup>60</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 6 – Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo. Ed. RT, 2003, p. 296 e 297.

provimento final. No caso da tutela inibitória, então, os requisitos da tutela antecipada podem ser traduzidos na probabilidade da ilicitude e no justificado receio de que o ilícito seja praticado no curso do processo de conhecimento. É um juízo de probabilidade, feito com base na mera aparência do direito (com cognição sumária) e no perigo de lesão que a demora do provimento final possa causar.

O provimento antecipado pode ser concedido em qualquer momento da demanda que se mostre necessário, podendo inclusive se revelar necessário antes do réu ser citado ou até mesmo depois da prolação da sentença. A tutela antecipada pode ser concedida quando ao tempo do provimento final este puder se mostrar ineficaz, ou quando a ciência do réu da propositura da ação possa levá-lo a praticar atos capazes de gerar também a inutilidade do provimento final.

No caso da concessão de tutela antecipada antes do réu ser citado no processo, conhecida como concessão liminar *inaudita altera parte*, Sérgio Cruz Arenhart<sup>61</sup>, assim como Luiz Guilherme Marinoni, defendem que não há violação do contraditório, mas há uma ocorrência diferida deste, em razão de ser a única forma de se tutelar efetivamente o direito do autor, e garantindo também o princípio de acesso à Justiça, o qual tem proteção constitucional pelo art. 5º, XXXV.

Essa previsão de uma concessão *inaudita altera parte* é expressa tanto no art. 461, §3º do CPC como no art. 84, §3º do CDC, quando ambos dizem quase com as mesmas palavras que “é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu”.

É importante ressaltar que essa antecipação de tutela dada liminarmente antes mesmo de haver a citação do réu pode acabar por satisfazer integralmente a pretensão do autor. Por essa razão, somente tendo em vista o caso concreto é que se torna possível legitimar ou não essa concessão, analisando caso a caso o conflito das garantias fundamentais do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88) e do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Aliás, na concessão de uma tutela antecipada deve-se sempre ter em mente o princípio da proporcionalidade. Ou seja, é preciso ponderar no caso concreto todos os valores e bens jurídicos em litígio, devendo ser privilegiado o interesse mais caro ao ordenamento jurídico. Desse modo, a tutela antecipada não deve ser concedida liminarmente se o prejuízo causado ao requerido seja imensamente maior do que o imposto ao demandante.

---

<sup>61</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Temas Atuais de Direito Processual Civil* – v. 6 – *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo. Ed. RT, 2003, p. 306.

No conflito de bens jurídicos também se deve observar os princípios da justa medida e da manutenção do núcleo essencial. Através deles busca-se impor o menor gravame possível ao bem que não prevaleceu, sacrificando apenas o suficiente dele para salvaguardar o bem jurídico de maior importância no caso concreto, tendo em mente também a não eliminação de nenhum direito fundamental.

Quando é necessário um provimento antecipado imediato, o Judiciário deverá ser guiado a decidir em favor do que pareça mais verossímil, mais provável, ao magistrado. No entanto, em alguns casos, mesmo que improvável, uma situação poderá merecer a tutela antecipada. É o caso em que há conflito entre um direito fundamental e um direito disponível. Mesmo que improvável de ser prejudicado, o direito fundamental deve ser tutelado, visto que improvável não é impossível. A mera possibilidade de prejudicar um direito fundamental já é suficiente para tutelá-lo tendo em vista um conflito com um bem patrimonial, por exemplo.

Outra questão que merece atenção é a do art. 273, §2º<sup>62</sup> do CPC, o qual contém uma disposição obstativa à concessão de tutela antecipada no caso de perigo de irreversibilidade. Essa disposição será, no entanto, mitigada quando houver no caso concreto o perigo de irreversibilidade recíproca. O fato de poder oferecer irreversibilidade para ambas as partes tanto a concessão da medida antecipatória como a sua denegação possibilita, nesses casos, a análise sobre a concessão ou não da tutela antecipada, deixando a irreversibilidade de ser um obstáculo a esse juízo.

Sérgio Cruz Arenhart defende também a possibilidade de em casos extremos ser concedido um provimento antecipado na tutela inibitória antes mesmo de haver uma ação inibitória. Ou seja, mesmo antes de completamente elaborada a petição inicial seria possível pedir uma tutela urgente imediata, com base em informações minimamente necessárias para a obtenção da liminar pretendida.

A medida liminar antecipatória na tutela inibitória possui ampla fungibilidade, o que permite a sua aderência à realidade do direito material. É fundamental que a tutela antecipada interaja com a realidade concreta, pois desse modo é que poderá haver uma proteção judicial mais efetiva.

Desse modo, verifica-se que a tutela antecipada exige requerimento da parte para ser concedida, conforme o disposto no caput do art. 273 do CPC, mas o magistrado pode conferir outra providência que seja mais adequada para a função protetiva do caso concreto em dado momento. A tutela antecipatória pode inclusive sofrer alterações de seu conteúdo, sendo ampliada ou minimizada, de acordo com cada momento específico em que a proteção visa atuar.

---

<sup>62</sup> Art. 273, § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O juiz, dentro do limite entre o extremo estabelecido pelo direito material e o fim da tutela jurídica pretendida pelo autor, poderá determinar livremente o necessário para a proteção da pretensão. Com isso, o juiz pode dar menos do que o requerido, porém não pode ir além do pedido de proteção formulado frente à determinada situação concreta. Daí, o juiz poderá conceder uma tutela inibitória positiva, mesmo que o requerente tenha pedido uma medida inibitória negativa, desde que seja a mais adequada para lidar com a situação de perigo narrada pelo postulante.

O magistrado, ao escolher a providência a ser tomada no provimento antecipatório, deverá atentar também para a medida que menos prejudique o demandado em sua liberdade de ação, interferindo na esfera do direito da outra parte da menor maneira possível.

Com isso, a linha guia do magistrado ao conceder uma tutela antecipada inibitória, ou ao alterá-la posteriormente (art. 273, §4º do CPC<sup>63</sup>), deve ser a efetividade da proteção jurídica e o princípio da menor interferência.

Cabe ainda a observação da fungibilidade da medida antecipatória com a medida cautelar. Como dito anteriormente, a medida cautelar não é a mais adequada em sede de tutela inibitória, todavia, alguns casos concretos poderão demonstrar a possibilidade de uma atuação cautelar para a proteção do bem jurídico. Nesses casos, diante de pedido de tutela antecipada, ou mesmo de ofício, o juiz poderá conceder a tutela cautelar.

A possibilidade de o juiz outorgar a medida cautelar decorre primeiramente do poder geral de cautela concedido aos magistrados no art. 797 do CPC<sup>64</sup>. Posteriormente, como forma de explicitar essa viabilidade de concessão de uma cautelar de ofício, o art. 273, §7º do CPC<sup>65</sup> foi inserido em 2002 no ordenamento jurídico nacional.

Concedidos os provimentos antecipados, os quais são decisões interlocutórias, e não, sentenças (provimentos finais), decorre o pensamento de como executar a tutela antecipada, para que de fato o provimento seja cumprido pelo demandado. As decisões que concedem tutela inibitória têm natureza eminentemente mandamental ou executiva *latu sensu*, não se enquadrando no sistema de execuções do CPC, o qual tem como base os provimentos de cunho condenatório.

---

<sup>63</sup> Art. 273, § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

<sup>64</sup> Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

<sup>65</sup> Art. 273, § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Com isso, a tutela antecipada, a qual possui a necessidade de rapidez característica das tutelas de urgência, é inclusive incompatível com a obrigatoriedade de um processo de execução, havendo, por isso, o estabelecimento de mecanismos de atuação (de “execução”) no próprio provimento.

A partir do disposto no art. 273, §3º do CPC<sup>66</sup>, com a remissão ao art. 461 §§4º e 5º também do referido Código<sup>67</sup>, vislumbra-se a possibilidade de o juiz, no caso concreto, ordenar a tutela antecipada sob pena de multa ou determinar uma outra medida executiva, nos moldes daquelas exemplificativas do §5º<sup>68</sup>. Então, a tutela inibitória antecipada não demanda processo de execução, seja ele provisório ou definitivo, havendo a sua efetivação nos termos do próprio provimento ou por determinação complementar do magistrado.

No entendimento de Eduardo Cambi, a aproximação da cognição à execução fez ruir a estrutura da classificação trinária das sentenças, que destitui o juiz do poder de efetivar a decisão, impossibilitando a efetiva tutela jurisdicional, sobretudo quando se pretende evitar a lesão a bens jurídicos não-patrimoniais, os quais para serem efetivamente protegidos, não poderiam ser sempre convertidos em perdas e danos.<sup>69</sup>

Principalmente em relação à tutela inibitória não há como pensar em satisfazê-la (impedindo um fazer) através de uma ação de execução de sentença que condenou a um não-fazer, pois quem teme a violação de um direito não tem direito à prestação, mas sim uma tutela capaz de impedir qualquer um de praticar ato contrário à situação jurídica que lhe diz respeito. Existe um direito cujo conteúdo se realiza independentemente de uma prestação e fora do âmbito de uma relação jurídica.

Repara-se que aqui a tutela jurisdicional para ser efetivamente concretizada precisa de atos executivos que nada tem a ver com algo que precisa ser feito pelo demandado. As demandas inibitórias ambientais, por exemplo, em razão da natureza impeditiva de um ilícito normalmente exigem um provimento jurisdicional que

---

<sup>66</sup> Art. 273, § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

<sup>67</sup> Art. 461, § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil. V. 2. Processo de Conhecimento*. São Paulo, 7ª ed., 4ª tiragem, RT, 2008, p. 230.

<sup>69</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. *Revista Panoptica*, ano 1, número 6, p. 31.

determine um fazer ou um não fazer com certa urgência, para que de fato impeça a conduta e seja eficaz.<sup>70</sup>

O art. 287 do CPC, com a sua mais recente redação<sup>71</sup>, reafirmou as técnicas processuais já trazidas pelo art. 461 do CPC, evidenciando a importância das técnicas processuais que já estavam no art. 461. Todavia, essa nova redação foi de grande relevância teórica, pois quebrou a idéia de que existem somente três sentenças; possibilitou claramente a atividade cognitiva e executiva em uma única ação; ressaltou que a tutela cautelar não é o meio de prestação da tutela preventiva; e admitiu a utilização de multa para compelir um comportamento a ser prestado por terceiro.<sup>72</sup>

Nas lições de Araken de Assis<sup>73</sup>, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá de apreciação “ameaça de direito”, frisando a possibilidade da tutela inibitória. No âmbito infraconstitucional a legislação aponta no mesmo rumo com o art. 287 do CPC, o qual prevê a formulação do pedido para impor ao réu “a abstenção da prática de algum ato” ou a “tutelar alguma atividade”. O art. 84 do CDC consagra a “tutela específica da obrigação”, a qual poderá consistir em um “impedimento de atividade nociva” (§4º).

O ordenamento jurídico nacional, com isso, outorga tutela específica aos deveres negativos de uma medida antecipatória fundada no art. 461 do CPC, ou do §3º do art. 84 do CDC; e na suposição de que o obrigado não tenha praticado ofensa ao dever de abstenção, ou quando se trata de *facere* de consumação duradoura, ou para fazê-la cessar, evitando a repetição. O meio executório principal nessas hipóteses é a coerção patrimonial prevista no art. 461, §§4º e 5º do CPC, bem como no art. 84, §4º do CDC.<sup>74</sup>

O §4º do art. 461<sup>75</sup> permite ao juiz tanto na tutela antecipatória (decisão interlocutória) como na sentença impor multa diária ao réu, fixando ao mesmo prazo razoável para o cumprimento do preceito. Desse modo, não é mais preciso pedir o meio executivo em nova ação, como antes ocorria quando o demandado não cumpria a sentença.

---

<sup>70</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 188/189.

<sup>71</sup> Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006, p. 90.

<sup>73</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo. Ed. RT, 8ª ed., 2002, p. 522.

<sup>74</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo. Ed. RT, 8ª ed., 2002, p. 522.

<sup>75</sup> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Já o §5º do art. 461<sup>76</sup> permite ao autor a solicitação que a sentença utilize o meio executivo necessário e idôneo ao caso concreto, resultando em uma sentença que dispensa a propositura de outra ação (ação de execução) para a concretização da tutela do direito material. Cabe ressaltar que tal poder de escolher o meio necessário não significa arbitrariedade, podendo ser controlado pelas partes à luz do princípio da proporcionalidade.<sup>77</sup>

Através desse dispositivo, a efetivação dos títulos executivos judiciais no âmbito da tutela inibitória e na de remoção do ilícito é feita na mesma relação processual onde o título judicial foi formado. Com isso, em uma só demanda realiza-se a tutela cognitiva e a tutela executiva, não necessitando da abertura de um processo autônomo para a execução. Esse fenômeno processual é conhecido como processo sincrético.<sup>78</sup>

Segundo o entendimento de Leonardo Greco, as disposições contidas no art. 461 do CPC possibilitam ao juiz impor as medidas coativas dos §§4º e 5º, do mesmo artigo, liminarmente, em uma decisão interlocutória; em sentença do processo de conhecimento; em execução de título extrajudicial (ex.: compromisso de ajustamento de conduta) ou no cumprimento de sentença condenatória, sendo que nos três últimos casos o devedor deverá ser intimado ou citado da obrigação de não praticar o ato, sob pena dos meios coercitivos determinados pelo magistrado.<sup>79</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>80</sup> a maior importância do art. 461 está no fato de que, a partir dele, ao processo civil foi possível viabilizar a obtenção de toda e qualquer tutela jurisdicional do direito que exija a mera imposição de não fazer ou de fazer, ou a determinação de qualquer meio executivo capaz de assegurar o não fazer ou fazer, ou ainda que requeira meio executivo suficiente para remover ou eliminar os efeitos concretos daquilo que não deveria ter sido feito pelo réu.

Como já mencionado, o art. 461 do CPC está na mesma linha do art. 84 do CDC, o que leva a uma série de considerações sobre a natureza da sentença na tutela inibitória. Kazuo Watanabe<sup>81</sup> considera que o provimento dado pelo juiz na tutela das obrigações de fazer e não-fazer não se restringe à concepção condenatória. Ele defende que o provimento do magistrado nessas hipóteses abrange também a expedição de

---

<sup>76</sup> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

<sup>77</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6, p. 32.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 192/193.

<sup>79</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual - Coleção José do Patrocínio*- v. 1. Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 354/355.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Execução*. São Paulo, 2ª ed., RT, 2008, p.48.

<sup>81</sup> WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos autores do Anteprojeto)*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 503-504.

mandamentos ou ordens. Ou seja, tem natureza mandamental além de condenatória. Ademais, caso haja desobediência do ordenado, o referido autor defende a interpretação da violação como verdadeiro crime de desobediência, como ato que afronta à Justiça. A violação praticada pelo réu iria além da afronta à parte contrária.

Leonardo Greco defende que a sentença inibitória sempre terá eficácia condenatória negativa, mas ressalta que a lei limita o pedido nessas ações a uma prestação positiva ou negativa do autor, e não especificamente a providência ou o meio executivo escolhido para a sua efetivação, o que pode variar com as necessidades do caso concreto<sup>82</sup>, inclusive, pode variar de acordo no tempo em um mesmo caso concreto. Com isso, o magistrado não fica adstrito a um meio de satisfazer a obrigação, não significando, no entanto, que o juiz não fica adstrito ao pedido do autor.

Merece atenção ainda o fato de que a maioria das obrigações de não fazer consistem em uma prestação infungível. Com isso, os meios do §5º do art. 461 do CPC possuem caráter de coação indireta do réu, o que leva a uma atenção especial ao limite imposto pela estrita legalidade. Daí, se o réu descumprir a ordem, lhe será imposta multa periódica até o momento da cessação da violação, ou até que se torne impossível essa cessação da violação, visto que perderia o sentido da multa já que em nada adiantaria, ou ainda até que o autor desista da abstenção e se contente com algo equivalente ou com as perdas e danos.<sup>83</sup>

#### **4. A tutela inibitória coletiva do meio ambiente**

O meio ambiente está inserido nos chamados Direitos de terceira geração, os quais por definição são aqueles que assistem a todo o gênero humano de modo subjetivamente indeterminado. Essa nomenclatura surgiu como uma forma de separar temporalmente o reconhecimento de determinados direitos. Os Direitos de primeira geração são os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas, com grande base no princípio da liberdade. Já os Direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais acentuaram o princípio da igualdade.

O direito a um meio ambiente de qualidade, como os demais Direitos de terceira geração, materializa poderes cuja titularidade é coletiva, atribuída genericamente a todos, sendo impossível a divisão, a determinação de qual parcela caberia a cada um. Esses direitos buscaram seu fundamento no princípio da solidariedade universal.

---

<sup>82</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual- Coleção José do Patrocínio*- v. 1. Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 355.

<sup>83</sup> GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual- Coleção José do Patrocínio*- v. 1. Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 534/535.

O conceito de meio ambiente foi primeiramente tratado no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981, que é a norma legal que trata da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Esse conceito é anterior à Constituição da República de 1988, no entanto ainda está em vigor. *In verbis*: “Art. 3º Para fins previstos nesta lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (...)”.<sup>84</sup>

Dessa leitura conclui-se que o conceito legal de meio ambiente é confuso, procurou se centrar na técnica e não na política, sendo por isso objeto de muitas críticas pela doutrina que defendia um conceito mais político e claro do meio ambiente. Essa definição não abrange o aspecto humano do meio ambiente, centra-se apenas em questões biológicas.

Entretanto, pelo intuito de estabelecer uma política nacional, é um texto aplicado no geral, e subsidiariamente a normas específicas sobre o assunto, e não foi revogado pela Constituição da República, mas esta trouxe toda uma inovação na conceituação de meio ambiente.

A doutrina brasileira ao longo de anos vem elaborando um conceito bem claro de meio ambiente, no entanto, a definição dada pela Constituição de 88 não reproduziu exatamente isso, porém tornou político o conceito de meio ambiente e o inseriu dentro dos direitos fundamentais, o que foi um importante avanço.

Dispõe o artigo 225 da Magna Carta que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e para as futuras gerações.”

É importante ressaltar que “bem de uso comum do povo” não significa ser o bem público. O meio ambiente não é um bem público, mas pode vir a se tornar um. Os bens públicos pertencem à administração pública, mas muitos trechos de florestas estão localizados em propriedade particular, sendo nesses casos então um bem particular.

O meio ambiente será considerado um bem público apenas se a Constituição, uma lei ou uma resolução defini-lo como tal, e desse modo, este passará a ser dotado do título de bem público, sendo transformado em áreas especialmente protegidas ou em áreas de proteção ambiental.

No entanto, o meio ambiente é de fato um bem de relevante interesse público, sendo por isso permitida a intervenção do Estado na propriedade privada. Além disso, o meio ambiente está contido dentro dos chamados direitos transindividuais ou

---

<sup>84</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 9ª ed., 2006, p. 59/60.

metaindividuais difusos, o que resulta primeiramente no fato de pertencer à coletividade, e ao mesmo tempo a ninguém, já que nenhuma pessoa é o seu titular de maneira individual.

Os seus titulares são considerados indeterminados e indetermináveis, visto que as pessoas são interligadas por uma relação fática e não jurídica. O meio ambiente também é considerado um direito indivisível, pois está diante da impossibilidade de ser estabelecida a parcela de direito pertencente a cada um tem.

Conclui-se então, que de acordo com a Constituição, o meio ambiente é um bem de relevante interesse público, e um direito transindividual difuso de suma importância, tendo em vista a necessidade de um ambiente ecologicamente equilibrado e de qualidade para toda a coletividade tanto contemporânea e quanto futura.

O conceito infraconstitucional acabou indo para segundo plano com a definição feita pelo constituinte. Com um conceito mais político, a definição de meio ambiente constante no artigo 225 da CRFB/88 deve sempre prevalecer quando conflitar com qualquer outra definição, garantindo a condição de direito fundamental que lhe foi atribuída, e foi também mais feliz ao unir conceitos técnicos e sociais.<sup>85</sup>

A Constituição criou duas disposições distintas ao fazer a sua conceituação do meio ambiente, sendo a primeira o dever de não degrada-lo, e a segunda a de promover a recuperação das áreas degradadas, objetivando desse modo que o meio ambiente seja equilibrado e de qualidade.<sup>86</sup>

O constituinte de 1988 tanto quis atribuir um papel preponderante ao meio ambiente no ordenamento jurídico nacional, que ele aparece desde os princípios constitucionais do artigo 1º<sup>87</sup>, quando fala em dignidade humana, visto que não há como o ser humano viver com dignidade sem um meio ambiente equilibrado, de qualidade e conservado, como no artigo 231, em seu §1º<sup>88</sup>, quando fala da qualidade e preservação ambiental nas terras indígenas.

---

<sup>85</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 9ª ed., 2006, p. 255.

<sup>86</sup> Idem, p. 60.

<sup>87</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

<sup>88</sup> Art. 231, § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A elevação do meio ambiente ao patamar de um direito fundamental está refletida também nos instrumentos processuais e administrativos previstos na Constituição da República como verdadeiros mecanismos garantidores.

Os instrumentos processuais fundamentais são: a ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII<sup>89</sup> da Carta Constitucional de 1988; e a ação civil pública, disposta também no texto constitucional de 88 no artigo 129<sup>90</sup>.

Cabe ressaltar que o constituinte originário, ao tratar desses instrumentos processuais, previu um rol inovadoramente extensivo de legitimados a propor essas ações. O cidadão brasileiro, as associações de cidadãos preocupadas com as questões ambientais e também o Ministério Público.

No âmbito administrativo, a Constituição Federal estabeleceu os Direitos de petição e de representação aos poderes públicos como mecanismos de proteção ao direito fundamental a um meio ambiente equilibrado.

Para reforçar a importância dada pela Constituição ao meio ambiente, na ordem econômica constitucional foi reconhecido ao lado do direito ao desenvolvimento o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, apesar de não expressamente, a Carta Constitucional de 88 estabeleceu o desenvolvimento sustentável.

Em relação ao conceito de meio ambiente, de acordo com o renomado doutrinador Paulo de Bessa Antunes, o conceito de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser compreendido como o direito a desfrutar os benefícios de um meio ambiente saudável.<sup>91</sup>

Nessa esteira, Marcelo Abelha Rodrigues vê no art. 225 da Constituição Federal como o objeto da tutela o meio ambiente equilibrado, o qual é um bem jurídico imaterial, indivisível pela sua própria natureza e inalienável. O referido autor entende que o conceito de meio ambiente consiste no produto da combinação de diversos fenômenos e reações químicas, físicas e biológicas que são provocados por diversos fatores e componentes presentes no planeta.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

<sup>90</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

<sup>91</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 9ª ed., 2006, p. 65.

<sup>92</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 35.

Esses elementos são tutelados pela Magna Carta quando exercem a função ambiental ou função ecológica. Desse modo, é preciso verificar a correspondência entre esses elementos e a sua necessidade ao abrigo e à conservação de todas as formas de vida, e não a consideração individualmente desses componentes de forma isolada.<sup>93</sup>

Desse modo, como o equilíbrio ecológico é a combinação química, física e biológica de fatores bióticos (fauna, flora) e fatores abióticos (ar, água, terra, etc.), o objeto de proteção do direito ambiental em favor de um meio ambiente equilibrado abrangerá tanto os fatores bióticos como abióticos, os quais interagem na função ecológica de um meio ambiente equilibrado, consistindo em bens naturalmente indivisíveis.<sup>94</sup>

A Constituição Federal deve ser compreendida entendendo o meio ambiente como elemento fundamental sobre o qual se desenvolve a vida. É o meio ambiente visto sob uma perspectiva humana, que deve ser conservado mesmo no processo de desenvolvimento econômico e social.

A questão da tutela inibitória do meio ambiente é de suma importância visto que se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico ‘poluo, mas pago’<sup>95</sup>.

O ser humano tem a tendência a não se enquadrar como parte de um todo, mas como um ser periférico ao mundo observado sob a perspectiva ambiental. Enquanto não se vislumbrava a importância das interações entre as atividades humanas e o meio ambiente, o homem viveu, se desenvolveu em alta velocidade, e tudo isso sem aparentemente provocar qualquer reação ao ambiente.

No entanto, nas últimas décadas os estudos na área ambiental progrediram, ao mesmo passo em que as consequências das atividades humanas no meio ambiente tomaram destaque. O homem sofreu um choque de realidade e de consciência, e começou então em muitos países o aprofundamento do estudo das interações entre o ser humano e a natureza.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Idem, p. 33-35.

<sup>94</sup> Idem, p. 198.

<sup>95</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, cit. p. 94.

<sup>96</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 9ª ed., 2006, p. 325.

Em várias nações, principalmente naquelas localizadas no hemisfério norte, foram percebidas não apenas diversas políticas e planos de investimento em estudos, melhorias, reparação e conservação do meio ambiente, como também verdadeiras condutas concretas de preservação do meio ambiente.

O fator consciência da realidade sistemática entre o ser humano e o meio ambiente foi um grande impulsionador dessa mudança, mas não foi o único. Conforme a evolução da ciência verificou-se que a conservação e a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado também poderiam significar um novo mercado, valorado em trilhões de dólares, com todo o potencial da biodiversidade.

Todavia, essa conscientização não é plena e infelizmente caminha a passos lentos. Mesmo com os grandes avanços, quando a questão ambiental resulta em algum prejuízo econômico para o país como um todo, as restrições antes consideradas no âmbito das empresas privadas são esquecidas. Um reflexo claro desse comportamento é a grande dificuldade em agregar as maiores nações poluidoras em um tratado internacional que vise estipular metas significativas de diminuição do impacto ambiental produzido por cada país.

A concepção da existência humana sem o consumo de recursos naturais é impossível e essa é a problemática do desenvolvimento contemporâneo. O preservacionismo é uma atitude que congela a prática e não se encaixa na necessidade de desenvolvimento econômico e social de nenhum país. Mas, o conservacionismo é essencial para a continuidade do ser humano, que ao contrário do aparente, não está à parte do sistema ambiental.

Contudo, o meio ambiente intacto de maneira absoluta não é a presente proposta. Para o mundo a conservação é imprescindível, e a preservação em algum grau também é essencial para não haver também o desaparecimento de potenciais importâncias tanto biológicas como financeiras. Como a muito se prescreve na filosofia aristotélica, o equilíbrio, o meio termo é sempre a melhor opção.

O objetivo não é impedir o desenvolvimento econômico e social, mas que este aconteça de maneira sustentável e consciente. O meio ambiente tem que ser encarado na economia e pela sociedade como uma fonte de lucros, mas às vezes também como um entrave necessário. Como acontece, por exemplo, quando há dificuldades de transporte, de recursos, de mão de obra qualificada, fatores estes que encarecem uma atividade e, no entanto, são vistos como naturais, como parte do negócio. É dessa mesma maneira que a conservação ambiental deve ser vista, de uma forma que seja de fato consciente.

O papel do processo civil em oferecer uma tutela efetiva para o meio ambiente é de suma importância, sendo verdadeira questão de justiça ambiental. Para a efetiva

proteção do direito a um meio ambiente equilibrado é preciso mecanismos capazes de ofertar a tutela específica no menor tempo possível e apenas subsidiariamente, ofertar a tutela reparatória em natura, e ainda mais subsidiariamente, a tutela reparatória em pecúnia.<sup>97</sup>

É de grande importância a observação de que a tutela ressarcitória nas questões ambientais não corresponde à aceitação da poluição, mas busca é evitar que o dano ambiental sofrido fique sem nenhuma reparação devida. Mas, a única forma de verdadeiramente impedir que haja degradação ambiental é pela via da tutela inibitória coletiva do meio ambiente.

Em respeito à tutela específica e para a prevenção contra os perigos ambientais do potencial não cumprimento do dever jurídico é que a tutela inibitória tem um papel eminentemente preventivo, de acordo com o raciocínio que a tutela jurisdicional deve ser revelada e efetivada antes do fazer (do qual deveria se abster) ou antes da abstenção que deveria ter sido praticada.<sup>98</sup>

A tutela inibitória, prevista no art. 461 do CPC, bem como no art. 84 do CDC, mesmo depois do descumprimento do dever jurídico positivo ou negativo de agir ainda tem valia, pois através dela é possível que após o ilícito ainda não tenha ocorrido dano, sendo adequada essa via processual para a remoção da antijuridicidade ambiental, preservando a sua natureza preventiva na reiteração da ilicitude e na causa de dano ambiental. Ademais, nesse caso não haverá tutela reparatória, mas sim preventiva, visto que ainda não ocorrera nenhuma degradação, obtendo-se, desse modo, a tutela específica do direito ambiental.

Caso a tutela específica já não seja mais efetiva na tutela do meio ambiente, em razão da ocorrência de dano ambiental, revela-se primeiramente mais eficaz recorrer a tutela reparatória específica. Ou seja, tendo em vista o melhor interesse na tutela do meio ambiente, caso já tenha ocorrido o ilícito, gerando danos ambientais, faz-se necessário a utilização da tutela reparatória específica, para que a circunstância ambiental se aproxime o máximo possível da situação em que estaria caso o ilícito tivesse sido evitado.

Outra relevante contribuição do privilégio da reparação in natura sobre a reparação pecuniária é o caráter pedagógico. A ordem de um provimento em uma tutela reparatória específica cumpre muito mais o papel pedagógico de demonstrar a importância de se proteger o meio ambiente equilibrado, do que a simples conversão em pecúnia.

---

<sup>97</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 60.

<sup>98</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 60-61.

Como supra abordado, a tutela reparatória genérica (em pecúnia) deve ser a última opção na linha de proteção do direito ao meio ambiente, tendo em vista o caráter extrapatrimonial do direito e a busca por tutelá-lo da maneira mais efetiva possível.

Quando a antijuridicidade ambiental gera efeitos tanto patrimoniais como extrapatrimoniais, Marcelo Abelha Rodrigues defende que a melhor solução é que as demandas de reparação específica e de reparação genérica sejam feitas separadamente, e não cumulando pedidos, para a melhor análise das questões, de acordo com o objetivo de cada uma. No entanto, essas demandas, conforme o disposto no art. 103 do CPC<sup>99</sup>, serão reunidas por conexão.<sup>100</sup>

## 5. Conclusão

Através desse trabalho buscou-se demonstrar que a tutela inibitória é o instrumento processual adequado para a proteção dos direitos indisponíveis, não-patrimoniais e metaindividuais contemporaneamente percebidos e exigidos pela sociedade, os quais não são satisfeitos com simples compensação pecuniária caso sejam violados.

A tutela inibitória foi pensada a partir dessa necessidade de efetiva tutela dos novos direitos, criando mecanismos processuais que os garantam e tutelem em caso de ameaça ou perigo de violação, permitindo que o Estado impeça a ocorrência do ilícito, independentemente da verificação de dano, pois a violação ao direito já fere a sua efetiva tutela, a qual não é passível de satisfação a partir da tutela ressarcitória.

Com a essa percepção contemporânea da necessidade de se proteger os direitos coletivos, o direito a um meio ambiente de qualidade saltou aos olhos do mundo como um todo. A conscientização de que, principalmente as ações do homem interferem no meio ambiente em escala global despertou o interesse de todas as nações, havendo verdadeiro movimento mundial para estudar e minimizar as relações de causa e efeito do homem com a natureza.

Cada vez mais o mundo é afetado pelas mudanças climáticas causadas pelo próprio homem em sua jornada ao desenvolvimento, sendo algumas recém percebidas, mas outras de muito longe já se sabia que causariam efeitos drásticos. Contudo, a sistemática liberal da maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais não via o meio ambiente como um direito da coletividade e muito menos possuía mecanismos para assegurar um meio ambiente equilibrado e minimamente preservado.

---

<sup>99</sup> Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

<sup>100</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 63.

A partir dessa necessidade latente de tutela, o Direito precisou desenvolver maneiras de tutelar o meio ambiente, tendo em vista que muitas ações geram prejuízos imediatos, impassíveis de compensação pecuniária ou de imediata recuperação. A tutela inibitória, então, demonstra ser não só o instrumento processual adequado e eficaz na proteção do meio ambiente, como também o único mecanismo capaz de impedir que violações essencialmente irreparáveis ocorram.

A grande base da tutela inibitória encontra-se no princípio constitucional do acesso à justiça, constante no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988, o qual prevê verdadeira garantia a toda a sociedade de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A partir da previsão do constituinte originário, na busca por um modelo apropriado para o cenário nacional, doutrinadores estudaram a fundo a medida, e o legislador, acompanhando o anseio da sociedade por uma tutela efetiva dos seus direitos, inseriu no CPC o art. 461, bem como inseriu no CDC o art. 84.

O CPC acompanhando a previsão constitucional previu em seu art. 461 a possibilidade de uma tutela inibitória no âmbito individual, e foi acompanhado do CDC em seu art. 84 no âmbito coletivo, resultando em um efetivo sistema de tutela preventiva para a proteção dos direitos contra violações irreparáveis.

A tutela inibitória, como prescinde da demonstração de dano, consegue ser eficaz na prevenção de ilícitos, de violações a bens jurídicos. Ademais, pode contar com um arsenal de medidas que garantam a tutela específica daquele direito, evitando assim a precipitada conversão pecuniária da violação, a qual não é capaz de reparar direitos não-patrimoniais.

O ordenamento jurídico brasileiro previu ainda a possibilidade de antecipação na tutela preventiva *inaudita altera parte*, o que garante a efetividade da tutela nos casos em que o trâmite processual em si já levaria à violação do direito por não conseguir contê-la a tempo.

A previsão de um processo que une a cognição e a execução também garante a efetividade da tutela preventiva, visto que a necessidade da instauração de um novo processo para executar o decidido no provimento final demandaria um tempo demasiado, o qual para fins de questões inibitórias corresponderia à ineficácia do provimento.

Nesse âmbito, a atuação do Poder Judiciário na garantia de uma efetividade na proteção dos direitos não apenas se mostra essencial, mas também um dever inato a um

Estado Democrático de Direito, tendo em vista a função de garantidor de direitos, devendo agir para impedir que os mesmos sejam violados.

O fato de chegar para a apreciação do Poder Judiciário questões de larga repercussão política e social faz com que surja o fenômeno da judicialização, visto o Judiciário não pode deixar de decidir demandas que sejam levadas à sua apreciação.

Mas, a judicialização não é o único fenômeno contemporâneo que envolve o Poder Judiciário. A postura ativista na concretização de normas constitucionais envolvendo questões políticas resultou no ativismo político, o qual possui grande importância, mas na mesma grandeza deve ser cuidadosamente analisado, tendo em vista o princípio da separação dos poderes e o cuidado para que questões políticas não sejam decididas por magistrados, mas por quem possui realmente legitimidade democrática para tanto, o que de modo algum justifica o desrespeito e a não proteção de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A dosagem na convivência dessas grandes questões é um grande desafio vivido por todos no mundo jurídico, pois posições extremas nessa questão acarretarão danos profundos e inadmissíveis ao ordenamento jurídico, devendo o caso concreto ser meticulosamente analisados à luz dessas duas frentes.

### **Referências Bibliográficas:**

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 9ª ed., 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 6 – Perfil da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo. Ed. RT, 2003.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo. Ed. RT, 8ª ed., 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em <http://www.ihj.org.br>, acessado em 22 de março de 2010.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panoptica, ano 1, número 6.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Controle Social do Judiciário: a Busca do Equilíbrio*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Legitimação Social da Magistratura*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Diretrizes para a Reforma do Judiciário (Democracia e Poder Judiciário)*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Controle Democrático do Judiciário*. In Democracia e Formação dos Juízes – Seminário – Rio de Janeiro – 25/26 de agosto de 1997. Instituto dos Advogados Brasileiros.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio – cap. 1, Os juízes políticos e o Estado de Direito*. São Paulo, Ed Martins Fontes, 2000.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual - Coleção José do Patrocínio - v. 1*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo. 10ª ed. RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª ed.: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil, V. 3, Execução*. São Paulo, 2ª ed., RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil, V. 2, Processo de Conhecimento*. São Paulo, 7ª ed., 4ª tiragem, RT, 2008.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo, Ed. RT, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Processo Civil Ambiental*, São Paulo, RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos autores do Anteprojeto)*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

## AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA

*Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues*

Mestrando em Direito Processual pela Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito  
do Estado pela Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro. Advogado da União.

**Resumo:** O artigo tem por objeto a análise comparativa entre as ações-teste instituídas por Alemanha (*Musterverfahren*) e Inglaterra (*Group Litigation Order*) e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL 8.046/2010).

**Abstract:** This paper concerns about the comparative analysis between the test claims established by Germany (*Musterverfahren*) and England (*Group Litigation Order*) and the new Brazilian Civil Procedure Code (PL 8.046/2010).

**Palavras-chave:** processo civil – ações-teste – sistemas alemão, inglês e brasileiro.

**Keywords:** civil procedure – test claims – Germany, England and Brazilian systems.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As ações-teste na Alemanha: o *Musterverfahren*. 3. As ações-teste na Inglaterra: a *Group Litigation Order*. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

A sociedade contemporânea caracteriza-se, dentre inúmeros outros aspectos, pela massificação de múltiplas relações jurídicas idênticas ou semelhantes. Uma sociedade de massa, no dizer de Mauro Cappelletti, gera litígios de massa, ou seja, uma multiplicação de processos sobre idênticas questões fáticas ou jurídicas, e que, por tais razões, podem ser considerados como ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/ Andrea Carla Barbosa... (et. al.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

Este panorama crescente de demandas repetitivas descontenta, a um só tempo tanto a sociedade, visto que os jurisdicionados sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir de modo satisfatório de suas atribuições.

Tais circunstâncias passaram a pôr em xeque o sistema processual tradicional, principalmente pela sobrecarga de trabalho imposta aos órgãos judiciais, inviabilizando a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Do mesmo modo, passou-se a constatar, cada vez com maior frequência, a proliferação de decisões judiciais discrepantes acerca de situações jurídicas idênticas, fator que fere de morte os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Os instrumentos processuais típicos para a tutela de pretensões individuais, que a princípio seriam adequados para tratar destes direitos individuais homogêneos, passaram a se revelar insuficientes, devido à explosão da litigiosidade, que também é marca de nosso tempo.<sup>2</sup>

Surge, então, a necessidade de criação de uma categoria distinta de processo, que não se identifique com os instrumentos utilizados nas demandas puramente individuais nem com os mecanismos de representação processual, típicos da tutela coletiva.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Neste sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho sustenta que: “Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Assim, os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Portanto, continuar, conforme a tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva*. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao\\_da\\_garantia\\_do\\_acesso\\_a\\_justica\\_na\\_jurisdiacao\\_coletiva\\_061103.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdiacao_coletiva_061103.pdf)> Acesso em: 04.08.2011. p. 7-8.

<sup>3</sup> No sentido do texto, confira-se Leonardo Carneiro da Cunha: “As causas repetitivas, que consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme.” CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 258. Sobre o tema, são relevantes as lições de Antonio Adonias Aguiar Bastos: “Atenta a estes acontecimentos, a doutrina começa a afirmar a existência de ações de grupo, que consistiriam em procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendedores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie 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. É a tentativa de estabelecer algo análogo a uma class action, mas sem classe.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. p. 4950. Disponível em

Diante dos problemas constatados nas ações de classe, ou mesmo a total falta de tradição com processos coletivos, como no caso da Alemanha, vários ordenamentos buscaram criar instrumentos de tutela que fossem capazes de conferir tratamento adequado a processos repetitivos, mas sem a formação de uma classe, sem a representação por substitutos processuais e, conseqüentemente, sem os problemas práticos e teóricos advindos dessa ficção jurídica.

Conforme apontado por Claudio Consolo e Dora Rizzardo: “*Sono così sorti processi com centinaia o migliaia di parti, difficili – se non quase impossibili – da trattare attraverso gli strumenti tradizionali.*”<sup>4</sup>

É exatamente dos mecanismos processuais desenvolvidos para enfrentar este novo panorama mundial que se ocupa o presente artigo.

As ações-teste consistem, em suma, em instrumento de direito processual individual, mas que têm por escopo justamente a pacificação de questões controvertidas que possuam a potencialidade de produzir, ou mesmo já estejam produzindo grave insegurança jurídica, por afetarem a situação jurídica de um expressivo número de pessoas.

De fato, tais instrumentos processuais perseguem seus objetivos sem se valer das notas típicas dos mecanismos de tutela coletiva, dentre os quais se destacam a representação processual extraordinária e a extensão subjetiva da coisa julgada.

Nos modelos que serão vistos a seguir, assim como no modelo que desponta para o sistema brasileiro no Projeto de novo Código de Processo Civil, os membros do grupo são tratados como verdadeiras partes, e não como “não-partes substituídas”, tal como ocorre nas ações representativas.

No que concerne à extensão dos efeitos da decisão proferida, também há nítida diferença entre a ação teste contemplada no Projeto de novo Código de Processo Civil e o sistema brasileiro em vigor para as ações coletivas que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituídos somente nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em

---

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/>  
Acesso em 15 de maio de 2011.

antonio\_adonias\_aguiar\_bastos.pdf>

<sup>4</sup> CONSOLO, Claudio. RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 895.

que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações repetitivas será dotada de efeitos *erga omnes* e produzirá eficácia *pro et contra*.

Em contraposição ao sistema norte-americano, tradicionalmente adepto das *class actions*, e ao sistema alemão, àquele avesso, e que recentemente instituiu o sistema do procedimento-padrão, tudo indica que, no ordenamento brasileiro, os dois mecanismos coexistirão. A bem da verdade pode-se afirmar que isso já ocorre, uma vez que dispomos de um amplo sistema de ações coletivas e dos mecanismos que compõem o denominado microsistema processual para a tutela dos direitos massificados, composto basicamente pelos artigos 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Vistas as circunstâncias que conduziram ao surgimento das ações-teste,<sup>5</sup> passam a ser analisados nos tópicos seguintes os seus objetivos e suas regulamentações nos ordenamentos alemão e inglês, cotejando-os, no que couber, com a legislação brasileira projetada para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

## 2. As ações-teste na Alemanha: o *Musterverfahren*

No ano de 2005, foi editada na Alemanha a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais<sup>6</sup>, (*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren* cuja abreviação é *KapMuG*), que instituiu um procedimento-padrão (*Musterverfahren*) com o objetivo precípuo de racionalizar o julgamento de milhares de ações idênticas propostas por investidores do mercado de capitais da Bolsa de Frankfurt que sofreram prejuízos em virtude da divulgação de informações falsas.

O ordenamento alemão se viu obrigado a disciplinar uma técnica processual que contivesse o afluxo de demandas propostas nos Estados Unidos em face de empresas alemãs. Utilizando-se da técnica da *class action*, demandantes alemães ingressavam com pedidos de ações coletivas nos Estados Unidos, principalmente em face das empresas *Deutsche Telekom*, *Daimler Chrysler* e inúmeros bancos alemães.<sup>7</sup>

O caso mais significativo foi protagonizado pela empresa de telecomunicações *Deutsche Telekom*, que, ao deixar de prestar informações aos seus investidores, deu ensejo à propositura de aproximadamente 2200 ações por mais de 14000 autores. Diante

---

<sup>5</sup> Os termos “ações-teste”, “ações-piloto”, “processo-modelo”, “processo-paradigma” e “procedimento-modelo” serão utilizados indistintamente ao longo do artigo.

<sup>6</sup> Tal Lei nasceu com prazo de vigência de cinco anos, o qual restou prorrogado no mês de novembro do ano de 2010 por mais dois anos.

<sup>7</sup> FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

deste cenário, o Poder Judiciário alemão chegou a asseverar que o julgamento de todas estas ações em 1º grau de jurisdição poderia levar até quinze anos.<sup>8</sup>

Diante deste cenário, e considerada a inexistência de um sistema de ações coletivas no direito alemão<sup>9</sup>, o legislador decidiu intervir para criar um procedimento-modelo (*Musterverfahren*), o qual tem por escopo racionalizar a prestação jurisdicional quanto a estas demandas repetitivas.<sup>10</sup>

Tal racionalização no julgamento destas ações segue a lógica típica das *test claims*, ou seja, é buscada através da resolução de questões comuns a todas as ações isomórficas a partir de um processo individual tomado como paradigma.

O entendimento firmado neste procedimento-modelo passa então a ser aplicado aos demais casos semelhantes, proporcionando isonomia entre os jurisdicionados, segurança jurídica e celeridade processual.

Passa-se, a partir deste momento, à análise crítica dos principais dispositivos da *KapMuG*, bem como ao cotejo de certos aspectos da regulamentação do procedimento-padrão alemão com a legislação brasileira projetada para disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas (atualmente, Projeto de Lei n.º 8046, em trâmite na Câmara dos Deputados e que, uma vez aprovado, tornar-se-á o novo Código de Processo Civil brasileiro).

A análise mais detida do sistema alemão se justifica em razão da inspiração declarada da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo CPC naquele procedimento-modelo tedesco.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> HESS, Burkhard. “Relatório nacional da Alemanha”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

<sup>9</sup> Ressalvadas as menções a previsões legais esparsas existentes no sistema jurídico alemão e apontadas por Antonio do Passo Cabral: “O ordenamento processual alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis preventivas de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais. Raras manifestações de instrumentos de tutela coletiva são encontradas no § 33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ou *GWB*, a Lei dos Cartéis), no § 13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou *UWG*), e nos §§ 13, 22 e 22a, todos da Lei das Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviada de *AGB-Gesetz* ou *AGBG*).” CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 130.

<sup>10</sup> Além de Frankfurt, hoje tramitam procedimentos-modelo também em Stuttgart e Munique.

<sup>11</sup> Conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código Civil, p. 21: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de

A Lei alemã encontra-se dividida em três partes e vinte seções. A Primeira Parte trata do requerimento de instauração do procedimento-padrão e de seus procedimentos.

A Primeira Seção, que versa sobre o requerimento de instauração do procedimento-padrão em um processo individual de primeira instância, fixa as hipóteses de seu cabimento, ao estabelecer que este processo deverá versar sobre uma pretensão para compensação de danos decorrentes de informações públicas do mercado de capitais falsas, enganosas ou omitidas, ou para cumprimento de um contrato baseado em oferta regida pela lei de valores mobiliários e aquisições de empresas.

Esta Seção também prevê que o requerimento de instauração do *Musterverfahren* pode ser feito pelo autor ou pelo réu, além de definir o alcance da expressão “informações públicas do mercado de capitais”.

Cumpre destacar que, a *contrario sensu*, a instauração do procedimento-modelo alemão não poderá ocorrer a partir de uma iniciativa do juízo, tal como previsto no parágrafo 1º do artigo 930 do Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, que, ao dispor sobre a legitimação para propositura do incidente de resolução de demandas repetitivas, prevê, em seu inciso I, a possibilidade de que o requerimento para sua instauração emane de um juiz de primeira instância ou de um desembargador relator.

Ainda no que diz respeito ao requerimento de instauração do procedimento-modelo, o item n.º 2 da Primeira Seção da *KapMug* traz três exigências: a) o requerimento deve ser elaborado no momento em que o judiciário analisa a questão (antes de sua definição, evidentemente) e deve conter a indicação expressa de seu objetivo e da respectiva informação pública sobre mercado de capitais; b) o requerimento deve conter informações sobre todas as circunstâncias fáticas e legais (pontos de disputa), bem como a descrição das evidências que o requerente pretende usar para fundamentar ou refutar demandas concretas, e c) o requerente deverá demonstrar que a decisão sobre seu pedido de instauração de procedimento-modelo pode ter relevância para outros casos similares, ou seja, a questão sobre a qual se solicita a instauração do *Musterverfahren* deverá transcender o interesse individual das partes que formam o processo originário no bojo do qual tal pedido é realizado. O mesmo dispositivo estabelece que ao requerido é garantida a oportunidade de submeter uma petição escrita sobre o assunto.

Quanto ao disposto na alínea “b”, cumpre alertar para uma importantíssima diferença entre as disciplinas do *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro: o objeto.

Nas precisas palavras de Antonio do Passo Cabral, o objeto da cognição judicial no procedimento-modelo alemão

pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.<sup>12</sup>

O julgamento do procedimento-modelo alemão, portanto, terá como limite a definição das questões fáticas e jurídicas que sejam comuns às ações repetitivas<sup>13</sup>. Esta é exatamente a ideia de cisão da cognição judicial ou de processo de cognição seguímentada.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Op. Cit.*, p. 132-133.

<sup>13</sup> Burkhard Hess, responsável pelo Relatório nacional da Alemanha apresentado no XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil, realizado em Salvador/BA, no ano de 2007, aduziu que: “*After the master decision has become final, the court of first instance must then decide each action on a case-by-case basis. Although the master decision may address a number of common issues raised in each case, it is still possible that the court of first instance has to decide a variety of questions that are not common to several actions. However, the most important issues are decided by appellate courts in the master proceedings.*” *Op. Cit.* p. 144.

<sup>14</sup> Sobre a cisão da cognição judicial ou processo de cognição seguímentada, confira-se Dierle José Coelho Nunes: “*O mecanismo de pinçamento, em última análise, é uma clara técnica de varejo para solucionar um problema do atacado, que somente poderia ser abordado adequadamente tematizando-se a utilização de ações coletivas representativas ou a utilização de procedimentos com cognição seguímentada (como o Musterverfahren tedesco), no qual em um procedimento coletivo (incidente), com ampla participação de todos os interessados, resolvem-se as questões comuns das causas onde se debatem pretensões isomórficas, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto*” NUNES, Dierle José Coelho. *Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>. Acesso em: 4 jul. 2011. p. 3.

Ao estudar o objeto do *Musterverfahren*, Cristiana Hamdar Ribeiro explicita sua característica de processo de cognição seguimentada nos seguintes termos:

O Tribunal Superior (Corte de Apelação) decidirá apenas as questões relativas à existência, ou não, de informação falsa, enganadora ou omitida, ou mesmo sobre a responsabilidade nos contratos de aquisição de ações, e não se o investidor faz jus, efetivamente, à indenização ou não. Esta análise será feita, de forma individual, pelos tribunais originários de cada causa, nos quais deverá ser provado pela parte reclamante o dano sofrido para que seja concedida a indenização pleiteada.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, Renato Xavier da Silveira Rosa assevera que:

Uma vez definida a decisão-modelo, cada magistrado de primeiro grau deve julgar individualmente cada uma das ações, obedecendo à eficácia da decisão-modelo, julgando apenas as demais questões do caso concreto submetido à jurisdição por meio da demanda individual. Assim, ainda que haja mais questões a serem decididas, as questões centrais, a tese jurídica em si, já foi decidida, e de maneira uniforme para todos os processos individuais.<sup>16</sup>

No modelo de procedimento-padrão brasileiro também haverá uma cisão da atividade cognitiva, uma vez que o objeto de cognição do incidente de resolução de demandas repetitivas será apenas a definição da tese jurídica central e comum à totalidade das ações repetitivas.

Todavia, o Projeto do novo Código de Processo Civil, ao contrário do sistema alemão, não previu a possibilidade de que questões fáticas submetam-se ao rito de julgamento delineado pelo incidente, o qual terá por objeto tão-somente questões de direito capazes de causar grave insegurança jurídica, conforme disposto no *caput* do art. 930.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> RIBEIRO, Cristiana Hamdar. *A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V, p. 626.

<sup>16</sup> *Op. Cit.* p. 17.

<sup>17</sup> Daí surge o risco da já citada “quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo”, com a conseqüente “abstração excessiva das questões jurídicas”. Lenio Streck já manifestava preocupação com tal fenômeno à época das discussões que precederam a inserção em nosso sistema das súmulas vinculantes: “O precedente, para ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que gerou o aludido precedente. Além disto, o próprio precedente deverá ser examinado no contexto da posição (atual) que o Tribunal tem sobre a referida matéria. Numa palavra: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de

A despeito desta diferença, que certamente não compromete a identidade de escopos precípuos dos incidentes alemão e brasileiro, defende-se o posicionamento de que ambos os procedimentos revestem-se da característica de verdadeiros processos objetivos.<sup>18</sup>

Com efeito, o objeto das ações-teste é a definição das questões comuns à totalidade de ações repetitivas, as quais se revestem de interesse coletivo justamente em razão do amplo espectro de pessoas e situações jurídicas que atingem. Tal modalidade de julgamento vinculará as instâncias inferiores apenas quanto à definição de tais questões, resguardando a liberdade dos juízes quanto ao julgamento dos demais aspectos periféricos e eventuais peculiaridades das ações individuais seriadas.<sup>19</sup>

Neste sentido, pode-se sustentar que o procedimento-modelo alemão, assim como o incidente delineado no Projeto de novo CPC, possui natureza de processo objetivo, uma vez que ambos têm por escopo não a resolução da lide individual na qual surgem, mas sim a elaboração de uma “decisão-quadro” para as questões comuns que dão origem à multiplicidade de demandas repetitivas.

O terceiro e último parágrafo da Primeira Seção trata das hipóteses em que o requerimento de instauração do procedimento-modelo deverá ser inadmitido. São elas: a) a decisão judicial sobre a ação individual na qual o requerimento de instauração do procedimento-modelo é formulado já está próxima, pronta para ser proferida; b) a solicitação de instauração do procedimento-modelo é feita com o propósito de protelar a ação individual; c) as evidências descritas (provas) são inapropriadas para a instauração do procedimento; d) as razões do requerente não justificam a instauração do procedimento e e) a questão legal suscitada não parece carecer de esclarecimento.

---

*cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada “caso” jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular...! Isto significa chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de que a instituição das súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico).* STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O Controle Panóptico da Justiça*, p. 4. Disponível em <[http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=17&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40)>. Acesso em 02.08.2011.

<sup>18</sup> Veja-se, neste sentido, o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha por ocasião da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à possibilidade de desistência de recurso especial escolhido como paradigma nos termos do artigo 543-B do CPC, “quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Tal procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 9. ed. Bahia: Editora JusPodium, p. 321.

<sup>19</sup> Neste sentido, NUNES, Ob. Cit. p. 4 e ss.

O dispositivo prevê, ainda, que o juízo de admissibilidade do requerimento de instauração do *Musterverfahren* emanará da Corte competente para o julgamento da ação individual na qual aquele fora formulado, ou seja, tal competência foi confiada ao juízo *a quo*.

Verifica-se que, quanto a este aspecto, o legislador nacional optou por solução oposta, e a nosso ver mais adequada, ao atribuir a competência para a realização do juízo de admissibilidade ao órgão *ad quem*, nos termos da regra contida no artigo 933 do Projeto.<sup>20</sup>

Nota-se também que o modelo alemão instituiu um sistema vinculado de inadmissibilidade de seu procedimento-padrão, ou seja, verificada a ocorrência de uma das hipóteses descritas acima, restará à Corte negar o pedido.

Tal sistemática não foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, uma vez que, da leitura do parágrafo primeiro de seu artigo 933, infere-se que a admissibilidade do nosso futuro procedimento-modelo não se encontra estritamente condicionada ao implemento de determinadas condições previstas em lei.

Em outras palavras, o Projeto de novo CPC não previu um rol taxativo de hipóteses que, uma vez constatadas, conduzem necessariamente à inadmissibilidade do requerimento de instauração do procedimento-padrão. Ainda que o artigo 930 faça menção à “*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 decisões conflitantes*”, é certo que o seu parágrafo primeiro, ao tratar do juízo de admissibilidade do incidente, estabeleceu que, além de considerar a presença daqueles requisitos, aos tribunais foi atribuída a *conveniência* da instauração do procedimento-padrão.

Em suma, pode-se concluir que, no sistema alemão, o juízo de admissibilidade do procedimento-modelo possui natureza vinculada, ao passo que na legislação brasileira projetada, ainda que haja um norte para um juízo positivo de admissibilidade, tal decisão situa-se no âmbito da discricionariedade dos tribunais.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Ressalte-se que, ainda que a iniciativa de instauração parta de um juiz ou desembargador relator, nos termos da previsão contida no artigo 930, parágrafo 1º, inciso I do PL n.º 8.046/10, tal ato consiste em mera solicitação, consubstanciada em ofício (e não *de ofício*), estando sujeita à análise do tribunal.

<sup>21</sup> Neste sentido, Arthur Mendes Lobo sustenta que se trata de decisão política a cargo dos tribunais. Manifestamos concordância com tal entendimento, uma vez que parece nítido que a intenção do legislador foi a de justamente atribuir esta discricionariedade ao Poder Judiciário. LOBO, Arthur Mendes. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Revista de Processo, n. 185, jul/2010, p. 238.

Prosseguindo na análise da *KapMuG*, passa-se à sua Segunda Seção, a qual dispõe sobre o registro público dos procedimentos-modelo.

A Lei alemã estabelece que, uma vez admitida a instauração do *Musterverfahren* pela Corte competente para o julgamento da ação na qual aquele fora suscitado, caberá àquela realizar anúncio público de sua decisão na Gazeta Federal eletrônica.

Disciplina semelhante foi estabelecida no Projeto de novo Código de Processo Civil, uma vez que seu artigo 931 prevê que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos de ampla publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

A Lei alemã dispõe sobre o registro de requerimentos de instauração de procedimentos-modelo que se refiram à mesma matéria, asseverando que, nestes casos, eles serão listados em ordem cronológica de acordo com a data de seus anúncios públicos. A *KapMuG* prevê, entretanto, que solicitações para a instauração do procedimento-padrão não deverão mais ser anunciadas no registro público se as condições para a admissão do procedimento descritas na Seção 4 (1) já forem conhecidas.

Nosso Projeto de novo Código de Processo Civil não disciplina tais casos. Parece que, ao menos no que concerne ao registro de incidentes relativos à matéria idêntica, deveria ter sido previsto seu agrupamento e listagem em ordem cronológica, a fim de que, em se tratando de matéria de repercussão nacional, pudesse haver o deslocamento da competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para o Superior Tribunal de Justiça,<sup>22</sup> ou ao menos a ciência prévia por parte dos tribunais de segunda instância da instauração do procedimento-modelo em corte de jurisdição diversa.

A Quarta Seção da *KapMuG* estabelece que o juízo no qual tramita a ação individual em que fora suscitado o requerimento de instauração do procedimento-modelo submeterá a questão à corte de instância imediatamente superior, evidentemente se o juízo de admissibilidade for positivo, e desde que atendidos outros dois requisitos legais: a) o primeiro requerimento de instauração do procedimento-modelo deve ter sido formulado perante aquele juízo e b) ao menos em outros nove processos semelhantes tenham sido formuladas, no mesmo juízo ou em outros, solicitações de instauração do procedimento-padrão dentro do período de quatro meses, contados a partir da data de publicação no registro eletrônico do primeiro requerimento.

---

<sup>22</sup> Tal solução, embora pudesse conferir um efeito uniformizador da jurisprudência ainda mais amplo ao incidente de resolução de demandas repetitivas, reclamaria, a princípio, a edição de emenda à Constituição da República, uma vez que o rol taxativo de competências do Superior Tribunal de Justiça constante do artigo 105 não contempla esta atribuição.

Uma vez supridas tais exigências, o juízo *a quo* encaminhará a(s) questão(ões) coletiva(s) à corte superior. Tal remessa, que a nosso sentir reveste-se da natureza de decisão de admissibilidade do procedimento-padrão, não se sujeita a qualquer tipo de recurso e possui efeito vinculante em relação ao órgão *ad quem*. Em outras palavras, desde que atendidos os requisitos dispostos na Quarta Seção, o tribunal não poderá se furtar ao julgamento das questões de interesse coletivo.<sup>23</sup>

Relevante destacar que tais questões de interesse coletivo, que constituem justamente o mérito do *Musterverfahren*, são delineadas pelo juízo de origem e não pelo tribunal que efetivamente o julgará.<sup>24</sup> Com efeito, o item n.º 2 da Quarta Seção confere ao juízo *a quo* o poder-dever de descrever o objetivo do procedimento-modelo, com todos os pontos controvertidos relevantes para decisão coletiva, as provas a serem produzidas e um resumo dos direitos reclamados e os correspondentes argumentos em sentido contrário apresentados pela parte ré.

A lei prevê a possibilidade de que, para garantir segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos (nos *Ländern*, Estados-membros), possa a matéria ser atribuída ao julgamento de um tribunal superior, admitindo ainda que, por acordo ou convênio entre os governos estaduais, possa ser a decisão submetida a um determinado e específico tribunal.<sup>25</sup> Ao comentar este dispositivo, Renato Xavier da Silveira Rosa sustenta, a nosso ver com total propriedade, que:

Se o procedimento for afeto a várias cortes de segundo grau, o julgamento do procedimento-modelo será feito pelo tribunal superior, impondo então a todo o território alemão a decisão, o que tem o condão de com melhor eficiência adjudicar questões que envolvam todo o território do país, efetivamente uniformizando a jurisprudência dos tribunais, sobre as mesmas questões de fato ou de direito.<sup>26</sup>

A Quinta Seção, que encerra a Primeira Parte da *KapMuG*, dispõe sobre os efeitos preclusivos operados pelo juízo de admissibilidade positivo do *Musterverfahren*.

---

<sup>23</sup> Reforça-se aqui o caráter vinculante da instauração do procedimento alemão. Parece-nos, todavia, que tal disposição se coaduna perfeitamente com o sistema proposto. Vale dizer: uma vez delineados requisitos rígidos, sem os quais não se permite a instauração do incidente, parece razoável não franquear ao tribunal a discricionariedade sobre o julgamento de questões de relevância coletiva fortemente demonstrada.

<sup>24</sup> Neste sentido, CABRAL, *Op. Cit.* p. 135.

<sup>25</sup> CABRAL, *Op. Cit.* p. 135.

<sup>26</sup> ROSA, *Op. Cit.* p. 16.

Após a constatação da presença dos requisitos elencados na seção precedente e da consequente remessa do procedimento à instância superior, veda-se a instauração de um novo procedimento, que seria suspenso em razão da identidade de objetos, conforme a regra disposta na Sétima Seção.

Não existe previsão similar para o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Novo CPC. Com efeito, dispõe o artigo 934 que, uma vez admitido o incidente, “o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

Tal previsão não impede, todavia, a coexistência de dois ou mais procedimentos-modelo com idêntico objeto tramitando em tribunais diversos, hipótese que possibilitará o indesejável efeito de fixação de teses jurídicas antagônicas acerca de questões de direito que transcendam os limites territoriais do órgão jurisdicional.

Com o nítido objetivo de mitigar tais efeitos indesejáveis e que acabariam por comprometer um dos principais escopos do instituto, qual seja, a uniformização da jurisprudência, criaram-se regras facilitadoras da subida das questões de repercussão nacional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (artigos 937 *caput*, 938 parágrafo único e 940).

Ainda que rendamos homenagens a tais regras, consideramos que teria sido preferível a adoção do modelo alemão quanto a este ponto. Assim, uma vez constatada a discussão acerca de questão jurídica com o potencial de gerar grave insegurança jurídica e decisões conflitantes em todo o território nacional,<sup>27</sup> reiteramos o entendimento exposto linhas acima, no sentido de que a competência para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas nestes casos deveria ter sido atribuída desde logo ao Superior Tribunal de Justiça.

A Sexta Seção inaugura a Segunda Parte da Lei, relativa aos procedimentos aplicáveis ao *Musterverfahren*, ao trazer a disciplina dos procedimentos do registro público do procedimento-modelo.

A Sétima Seção, por sua vez, estabelece que, após o registro público da instauração do procedimento-modelo por parte do tribunal, serão suspensos *ex officio* pelas instâncias inferiores todos os processos pendentes ou quaisquer processos ajuizados anteriormente à instauração do procedimento-modelo cujas decisões ou questões jurídicas a serem resolvidas dependam da decisão a ser proferida naquele procedimento-padrão pelo tribunal.

---

<sup>27</sup> Tal como a hipótese de discussão acerca da legalidade de determinado tributo federal ou sobre a forma de cálculo de determinada gratificação a servidores públicos federais.

A suspensão será aplicada às ações de objeto idêntico que tenham sido ajuizadas antes da instauração do procedimento-modelo, independentemente da existência de requerimento neste sentido. Em outras palavras, serão suspensas mesmo as ações individuais nas quais não tenha havido requerimento de instauração de procedimento-padrão.

Por fim, a *KapMuG* dispõe, nesta Seção, que a decisão de suspensão destas ações não se submete a nenhum tipo de recurso.

Existe disposição semelhante no Projeto de novo CPC, qual seja, o artigo 943, que prevê a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição pelo presidente do tribunal que admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A Oitava Seção da *KapMug* traz o regramento acerca das partes do procedimento-modelo, mediante a escolha (irrecorrível) de um autor “modelo” e de um réu “modelo”.<sup>28</sup> Antonio do Passo Cabral preleciona que tais “líderes”, denominados, respectivamente de *Musterkläger* e *Musterbeklagte*, serão os interlocutores diretos dos vários autores e réus com a corte. Prossegue sustentando que:

Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial.<sup>29</sup>

Constata-se que a Comissão de Juristas designada para a elaboração do Anteprojeto de novo CPC não encampou nem mesmo uma singela influência do modelo alemão neste ponto.

Aliás, nem deveria tê-lo feito, já que o nosso modelo projetado para o incidente de resolução de demandas repetitivas contempla a já mencionada cisão da cognição judicial, mediante a atribuição de competência aos tribunais para o julgamento das questões de direito comuns às demandas isomórficas, com a posterior restituição de tais

---

<sup>28</sup> Quanto à irrecorribilidade da decisão que elege as partes-líderes ou modelo, veja-se uma vez mais HESS In “Relatório nacional da Alemanha”: “*This selection of the master plaintiff is based on the discretion of the appellate court.*” *Op. Cit.* p. 143.

<sup>29</sup> CABRAL, *Op. Cit.* p. 137.

ações ao juízo inferior, ao qual competirá julgar o processo levando em consideração todos os seus aspectos fáticos e eventuais questões de direito periféricas, sem poder se afastar, todavia, da observância da tese jurídica relativa à questão jurídica central firmada no procedimento-modelo.

Ainda que o sistema do procedimento-modelo alemão também se caracterize por esta técnica de cisão da cognição judicial, tal fenômeno se passa de maneira diversa, já que são submetidas ao julgamento do tribunal não apenas questões jurídicas, mas também os aspectos fáticos que possam influir no desfecho de todas as ações repetitivas, conforme já visto por ocasião da análise do objeto do *Musterverfahren*.

Esta distinção fundamental quanto à extensão do objeto dos dois modelos parece deixar fora de dúvida que a adoção do sistema alemão de partes “modelo” ou “líderes” revelar-se-ia, a nosso sentir, desnecessária e mesmo incompatível com os limites mais estreitos que o Projeto do novo CPC conferiu ao instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isto porque, ao se limitar à definição da tese jurídica aplicável às demandas isomórficas, o incidente brasileiro relega aos juízes de primeira instância e também às partes destas ações um maior campo de discussão, uma vez que todos os seus aspectos fáticos poderão, ao menos em tese,<sup>30</sup> constituir objeto de debate e contraditório irrestrito.

Deste modo, salvaguardado o direito ao contraditório quanto a todos os aspectos do processo que não se refiram especificamente à tese jurídica central definida pelo julgamento do incidente, não vislumbramos a necessidade de encampação do sistema de eleição de partes-líderes, tal como prevista no direito alemão.

Provavelmente tal cautela por parte do legislador alemão deve-se ao fato do procedimento-modelo daquele país possuir objeto mais amplo, com a consequente redução do âmbito de decisão por parte das instâncias inferiores após o julgamento do *Musterverfahren*.

No que concerne à Nona Seção, que trata das regras gerais de procedimento, cumpre destacar algumas peculiaridades interessantes e que até o momento do fechamento deste trabalho não foram cogitadas pelo legislador para o nosso procedimento-modelo.

A primeira delas refere-se à obrigatoriedade de transcurso de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do *Musterverfahren* e a data da audiência para seu julgamento.

---

<sup>30</sup> Ressalva-se aqui, uma vez mais, a dificuldade de separação das questões fáticas das jurídicas, apontada por Lenio Luiz Streck.

Tal cautela parece de todo recomendável, já que o julgamento do procedimento-modelo repercutirá no desfecho de um expressivo número de ações idênticas.

Ao assegurar este considerável lapso temporal entre a divulgação da instauração do procedimento e a audiência de julgamento assegura-se a sua publicidade, e, por via de consequência, cria-se um cenário propício ao amadurecimento do debate entre todas as partes e interessados no deslinde daquelas questões comuns.

Do mesmo modo, tal regra possui o condão de viabilizar a previsibilidade da decisão, já que as circunstâncias favoráveis ao amplo debate reduzem drasticamente a possibilidade de prolação das indesejáveis decisões-supresa.

Apesar da obrigatoriedade de observância deste lapso temporal não assegurar, por si só, o respeito ao princípio do contraditório, não se pode desconsiderar que a garantia de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do procedimento e a audiência de julgamento contribui para que as partes possam influir eficazmente na decisão judicial que será proferida, ou seja, a fixação de tal prazo concorre para a efetivação do contraditório participativo.<sup>31</sup>

Por tais razões, entende-se que o legislador pátrio deveria cogitar a possibilidade de adoção de dispositivo semelhante na regulamentação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda que se refute tal sugestão com base no ideal de celeridade processual positivado na Constituição da República e ambicionado pelo Projeto de novo CPC, não se pode perder de vista o fato de que o julgamento pelo procedimento-padrão de questões comuns a ações repetitivas, pela sua própria essência e razão de existir, deve pressupor o maior amadurecimento possível, visto que eventuais erros ou equívocos em seu julgamento terão o perigoso efeito de gerar uma enxurrada de novas ações ou impugnações.

Ainda quanto a esta Seção, é digna de nota a previsão de utilização da forma eletrônica do procedimento-padrão.

Tudo leva a crer que, uma vez em vigor, nosso incidente de resolução de demandas repetitivas também tramitará por meio eletrônico. Contudo, o Projeto de Novo CPC não traz nenhuma disposição neste sentido, o que, a nosso sentir, poderia ser

---

<sup>31</sup> Leonado Greco ensina que contraditório “é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450.

repensado, a fim de evitar a utilização de mecanismos de tramitação totalmente díspares entre os diversos tribunais estaduais e federais.<sup>32</sup>

Outra relevante distinção entre o incidente constante do Projeto de novo CPC e o procedimento-modelo alemão é que, neste último, admite-se a ampliação de seu objeto por iniciativa das partes na fase de preparação para a audiência.

Com efeito, estabelece a Décima Seção que, no procedimento de preparação para a audiência, o juiz poderá instruir as partes interessadas citadas para a audiência a submeter pedidos adicionais às postulações escritas formuladas pelo autor-modelo ou pelo réu-modelo.<sup>33</sup> Poderá ainda o juiz fixar um prazo limite para o esclarecimento de certos pontos em disputa que requeiram melhor elucidação.

Tais pedidos de acréscimo do objeto feitos pelas partes interessadas deverão ser submetidos ao conhecimento do autor e do réu escolhidos como líderes. Todavia, tais postulações não serão disponibilizadas para conhecimento das demais partes interessadas citadas.

Ainda quanto às demais partes interessadas citadas, mesmo as petições escritas do autor e do réu-modelo somente serão disponibilizadas para conhecimento se elas tiverem postulado por escrito neste sentido à corte competente.

A Décima Primeira Seção dispõe sobre os efeitos da desistência do pedido de instauração do procedimento-modelo por parte do autor ou do réu escolhido como modelo.

A *KapMuG* estabeleceu, em primeiro lugar, que esta desistência não altera, por si só, o status do autor-líder ou do réu-líder.

O parágrafo segundo desta Seção dispõe que, se o autor-líder desiste de seu requerimento durante o curso do procedimento-modelo, o tribunal deve designar um novo autor-líder. O mesmo se aplicará nos casos de início de procedimento para aferição de sua insolvência, sua morte ou perda de sua capacidade para demandar ou ser demandado.

---

<sup>32</sup> Hoje não existe nenhuma regulamentação legal sobre a padronização de sistemas entre os 27 tribunais de justiça, 5 tribunais regionais federais, 24 tribunais da justiça do trabalho e tribunais superiores. Tal quadro prejudica os jurisdicionados e advogados, consistindo em mais um motivo de descontentamento da sociedade com o Poder Judiciário.

<sup>33</sup> Registre-se que tal prerrogativa dos intervenientes é criticada por parte da doutrina, porque poderia permitir uma demora excessiva no processo. CABRAL, *Op. Cit.* p. 136.

Por fim, consta a previsão de que a desistência do requerimento de instauração do procedimento-modelo formulado pelas partes interessadas citadas não produz qualquer efeito em relação ao regular processamento do *Musterverfahren*.

A Décima Segunda Seção versa sobre a posição legal das partes interessadas citadas para o procedimento-padrão.

De acordo com a regra disposta nesta Seção, a parte interessada deve ingressar no procedimento-modelo no estágio em que este se encontra no momento em que é citada. A parte será chamada a avaliar seu interesse em oferecer defesa ou submeter todos os atos processuais que considerar relevantes ao julgamento.

Importante destacar que as suas declarações e ações não poderão se contrapor à linha de atuação de sua respectiva parte principal, ou seja, o autor-modelo, se a parte for citada para ingressar no processo no pólo passivo, ou o réu-modelo, se pretender ingressar no pólo passivo.

Conforme asseverado por Antonio do Passo Cabral, a Lei alemã possibilita uma participação efetiva dos interessados, os quais poderão inclusive utilizar meios de ataque e defesa,<sup>34</sup> desde que não se verifique a contraposição acima descrita.

O processualista consigna, neste ponto, a crítica que vem sendo feita ao legislador alemão, uma vez que este tratou a participação dos interessados por intermédio da *Beiladung*, que consistiria numa curiosa modalidade interventiva, às vezes assemelhada às intervenções de terceiros, outras similar ao litisconsórcio, que é prevista em alguns procedimentos especiais do Código de Processo Civil alemão, mas sem qualquer tratamento uniforme.<sup>35</sup>

A Décima Terceira Seção trata da ampliação do objeto do procedimento-padrão. Consta a previsão de que os autores-líderes, os réus-líderes, bem como as demais partes interessadas citadas podem procurar o estabelecimento de pontos adicionais de disputa para definição pelo procedimento-modelo, desde que a decisão sobre tais questões esteja relacionada ao objeto do *Musterverfahren*. Demais disso, exige-se que o juízo de primeira instância (a quem compete a decisão sobre a definição do objeto do procedimento, como já visto) considere relevante para o deslinde do caso o acréscimo de tais pontos de disputa.

Esta decisão proferida pelo juízo *a quo* acerca da ampliação do objeto do procedimento-modelo vincula o tribunal e não se sujeita a qualquer tipo de recurso.

---

<sup>34</sup> *Op. Cit.* p. 136.

<sup>35</sup> *Op. Cit.* p. 136.

A decisão do procedimento-modelo foi disciplinada pela Décima Quarta Seção, a qual estabelece que a mais alta corte regional a proferirá em audiência, com ciência ao autor e ao réu-modelo, sem que sejam nomeadas em sua ementa as partes interessadas citadas, as quais somente tomarão conhecimento do teor da decisão por notificação informal.

O parágrafo segundo desta Seção estabelece que a decisão sobre as custas referentes aos processos semelhantes que foram suspensos permanecem como de competência dos juízos de primeira instância nos quais aqueles procedimentos tramitavam antes do julgamento do *Musterverfahren*.

O terceiro e último parágrafo da Seção traz a regra segundo a qual a conclusão do procedimento-modelo por intermédio de acordo somente poderá ocorrer mediante a prévia aquiescência de todas as partes interessadas.

Tal dispositivo ressalta a opção do legislador alemão em considerar todos os interessados no deslinde da questão de interesse coletivo como verdadeiras partes. Isto porque, apesar destes formalmente ocuparem a posição de meros terceiros em relação ao julgamento de algumas demandas individuais nas quais se admitiu a instauração do procedimento-modelo, despontam como verdadeiras partes para fins de resolução do litígio dotado de repercussão coletiva por intermédio de acordo.

Esta característica do *Musterverfahren* certamente confere uma nota garantística ao instituto, revelando-se coerente com a tradição da doutrina tedesca em repudiar a representação processual extraordinária, a qual se manifestaria de forma inequívoca caso a *KapMuG* tivesse atribuído o poder de realizar acordos ao autor ou ao réu escolhidos como modelos.<sup>36</sup>

A Décima Quinta Seção traz a regulamentação acerca dos recursos contra a decisão que julga o *Musterverfahren*.

Frise-se, desde já, que tais recursos somente poderão versar sobre questões de direito. Ainda assim, a lei condiciona a admissibilidade do apelo à verificação de

---

<sup>36</sup> No sentido do texto, confira-se Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario: “Esse é um dos aspectos que diferencia o *Musterverfahren* das *class actions*, pois, nestas, o legitimado coletivo assume uma proeminência absoluta, não deixando nenhum espaço de atuação aos substituídos, o que não ocorre no procedimento ora examinado.” BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 474.

importância fundamental dentro do escopo descrito no ZPO (Código de Processo Civil alemão).<sup>37</sup>

Desde que atendidas tais condições, todas as partes serão consideradas legitimadas para a interposição de recurso. A lei também admite a adesão a recursos propostos por outras partes.

Para viabilizar tal prerrogativa, a Corte de Apelação notificará as partes interessadas citadas para o procedimento-modelo do recebimento de recurso, desde que este seja admissível de *per se* e interposto conforme a forma prescrita em lei e dentro do prazo permitido.

O parágrafo terceiro desta Seção dispõe que, se o autor-modelo interpuser recurso contra a decisão do *Musterverfahren*, ele deverá continuar a figurar no procedimento-modelo nesta posição destacada, desta feita designado como apelante-modelo. Se, todavia, ele desistir de seu recurso, a Corte de Apelação deverá designar um novo apelante-modelo dentre as partes interessadas que tenham intervindo naquele apelo, a menos que estas também tenham desistido do recurso.

Se o recurso acerca de pontos de direito decididos no procedimento-modelo não for interposto pelo autor-líder, mas por uma ou algumas das partes citadas para o procedimento, então esta ou a primeira que interpuser o apelo deverá ser designada como apelante-modelo pela Corte de Apelação.

Por fim, se o réu-líder interpuser um recurso a respeito da decisão proferida no *Musterverfahren*, a prerrogativa de oponente-líder recairá sobre a pessoa que havia sido indicada pelo tribunal como autor-modelo.

A Décima Sexta Seção inaugura a Terceira e última parte da *KapMuG*, a qual se ocupa dos efeitos da decisão proferida no procedimento-modelo e seus custos.

Quanto ao primeiro e importantíssimo tema, tal Seção estabelece que a decisão proferida no *Musterverfahren* vinculará os juízos de instância inferior cujas decisões dependam da fixação da tese ou da resolução das questões legais enfrentadas no procedimento-padrão.

Cabe ressaltar que, ao contrário do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil, que, ao que tudo indica, será dotado de efeitos prospectivos, isto é, afetará as decisões que serão

---

<sup>37</sup> Antonio do Passo Cabral considera, a nosso sentir com razão, que a exigência de tais requisitos específicos confere a este recurso a característica da fundamentação vinculada, tal qual ocorre como a exigência de demonstração de repercussão geral em nosso recurso extraordinário. *Op. Cit.* p. 142.

proferidas em ações individuais em curso e também nas que lhe forem posteriores,<sup>38</sup> no procedimento-modelo alemão o julgamento das questões comuns afetará tão somente as ações individuais propostas até a decisão de mérito, sem interferir nos processos futuros, conforme se infere do parágrafo primeiro desta Seção da *KapMuG*.

Somos da opinião de que o legislador pátrio andou bem neste ponto, visto que a adoção do sistema alemão neste particular esvaziaria quase que por completo o escopo de racionalização da justiça perseguido pelo novo instituto. Nas palavras de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario:

Não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado.<sup>39</sup>

A decisão adotada no procedimento-modelo produzirá efeitos a favor ou contra todas as partes interessadas citadas, independentemente destas terem expressamente discutido todos os pontos de disputa ou de terem intervindo em eventual recurso.

Esta regra também será aplicada nos casos onde as partes interessadas tenham desistido de suas pretensões em seus processos individuais, uma vez que tais procedimentos poderão ser reiniciados pela parte que ocupou o pólo oposto do procedimento-modelo após a submissão da decisão final e vinculante proferida no *Musterverfahren*.

Resta claro que a lei alemã buscou evitar uma “fuga” dos efeitos vinculantes desfavoráveis da decisão exarada no procedimento-modelo por intermédio do artifício da desistência das ações individuais nas hipóteses em que seria possível aos seus autores vislumbrar previamente uma grande probabilidade de decisão contrária aos seus interesses no julgamento do processo-piloto.

Em suma, pode-se afirmar que a decisão proferida no procedimento-modelo alemão acerca das questões fáticas ou jurídicas de repercussão coletiva sempre

---

<sup>38</sup> Neste sentido, vide Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario: “*Portanto, ao que parece, a decisão do incidente almeja projetar-se para o futuro, o que permite a equiparação da decisão do incidente a um verdadeiro precedente vinculante.*” BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Op. Cit.* p. 480.

<sup>39</sup> *Idem.* p. 480.

vinculará os autores individuais de ações que estejam em curso naquele momento e que cujo mérito verse sobre tais controvérsias dotadas de interesse transindividual.

Ressalvada a limitação de alcance dos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren* às ações individuais já em curso no momento daquele julgamento, vale lembrar que a *KapMuG* não fez qualquer ressalva a este efeito vinculante, seja quanto a eventuais efeitos desfavoráveis gerados pela decisão proferida no incidente (conforme se passa no sistema brasileiro de extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, ou seja, *secundum eventum litis*), ou a eventuais falhas ou mesmo conluíus entre autor e réu na instrução probatória (motivos que servem de alicerce à limitação da extensão de efeitos subjetivos da decisão pelo sistema *secundum eventum probationis*). De igual modo, o ordenamento alemão não estabeleceu a possibilidade de exclusão voluntária e prévia do grupo, tal como ocorre nos sistemas que preveem a possibilidade de exclusão (*opt-out*).<sup>40</sup>

Diante da constatação de que no modelo alemão inexistia a possibilidade de não se sujeitar aos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren*, consideramos relevante esclarecer que a opção de inclusão (*opt-in*) conferida a cada autor para participar do incidente, mencionada no “Relatório nacional da Alemanha” e comentada por Ada Pellegrini Grinover e Eurico Ferraresi<sup>41</sup> não guarda nenhuma relação com o modelo de vinculação *opt-in* relativo às ações coletivas.

Com efeito, o sistema de vinculação *opt-in*, assim como o *opt-out*, bem como os modelos de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, mencionados linhas acima, consistem em mecanismos de grande utilidade prática na regulamentação das ações coletivas, as quais se regem pela lógica da representação processual extraordinária por um único ente, onde todos os membros do grupo, que são os verdadeiros titulares dos direitos materiais em jogo, são por aquele substituídos, e, portanto, não participam do processo, não podendo ser considerados como partes formais.

A lógica das ações-teste, entretanto, é inteiramente diversa. Não há de se cogitar em um sistema de inclusão pela simples razão de o indigitado titular do direito material individual (ainda que seja dotado de interesse coletivo em razão do universo de pessoas afetadas) já ter ajuizado a sua ação.

Ante o exposto, pensamos que a expressão *opt-in*, utilizada pelo responsável pelo “Relatório nacional da Alemanha” não remete, a nosso ver, ao citado sistema de vinculação à coisa julgada adotado por alguns ordenamentos que se utilizam de ações representativas. Ao contrário, acreditamos que tenha sido empregada no sentido de que

---

<sup>40</sup> Neste sentido, confira-se ROSA, *Op. Cit.* p. 16-17.

<sup>41</sup> FERRARESI, Eurico. *Op. Cit.* p. 67.

cabará a cada titular do direito material decidir pelo ajuizamento ou não de ação judicial individual, arcando com os ônus das respectivas custas processuais geradas pelo procedimento-modelo na proporção do valor de sua causa.<sup>42</sup>

A Décima Sétima Seção trata da repartição dos custos do *Musterverfahren*, dispondo, em síntese, que tais ônus serão constituídos por parte dos valores já despendidos nos processos individuais de primeira instância e que o rateio das custas será determinado levando-se consideração os valores daquelas ações individuais.

As custas relativas ao procedimento recursal estão disciplinadas na Décima Nona Seção, a qual correlaciona o rateio das despesas ao êxito e à participação efetiva (inclusive por intermédio de recurso adesivo) das partes e intervenientes no apelo.<sup>43</sup>

A Décima Oitava Seção aborda a violação dos requisitos para tratamento da questão de repercussão coletiva pela mais alta corte regional.

Tal Seção prevê que a sentença de um juízo de primeira instância que enfrente o mérito da questão não poderá ser contestada com base na alegação de que a mais alta corte regional não seria o juízo competente para proferir a decisão no procedimento-modelo, ou que os requisitos para o encaminhamento para a mais alta instância de um procedimento-padrão não tenham sido verificados.

A Vigésima - e última - Seção da *KapMuG* refere-se às regras de transição, dispondo que suas disposições continuarão a ser aplicadas aos processos nos quais tenha sido requerida a instauração de procedimento-modelo em data anterior à prevista para o término do prazo de cinco anos de sua vigência, ou seja, 1º de novembro de 2010.

Analisadas as disposições do *Musterverfahren*, cumpre apenas pontuar que, após o transcurso do prazo de cinco anos inicialmente previsto, além do primeiro ano de prorrogação, cuja previsão de término é o dia 1º de novembro de 2012, a doutrina alemã considera decepcionantes os reflexos de seus resultados práticos no funcionamento da máquina judiciária daquele país. Neste sentido, Rolf Stürmer assevera que:

Até agora não há nenhum resultado visível que não tivesse sido igualmente alcançado sem essa lei por

---

<sup>42</sup> HESS, “Compared to the United States’ class actions, the German master proceedings are distinctively different: The first and most important divergence in the German rules is that there will be no abstract class definition. Each plaintiff has to opt in by filing his claim with the court and sharing the costs of litigation.” *Op. Cit.* p. 144.

<sup>43</sup> CABRAL, *Op. Cit.* p. 143.

uma habilidosa e pragmática condução processual, mediante uma qualificada magistratura.<sup>44</sup>

### 3. As ações-teste na Inglaterra: a *Group Litigation Order*

Diferentemente da tradição germânica, avessa às ações representativas, como já assinalado, a Inglaterra é apontada por considerável parte da doutrina como o berço dos litígios coletivos.<sup>45</sup>

Na Inglaterra contemporânea, no entanto, além dos processos representativos, existem outros dois mecanismos processuais para tratar de litígios com múltiplas partes, a saber, o litígio consolidado, que consiste em procedimento simplificado e cabível em apenas alguns casos (que não guarda relação com o escopo deste trabalho e, portanto, não será analisado), e a *Group Litigation Order* – *GLO* (ordem para litígio em grupo), utilizada especificamente para as ações de massa e que, por tal razão, será objeto de estudo, especialmente no que concerne à possibilidade de estabelecimento de uma ou mais ações-teste em seu bojo.

As *GLO* - *Group Litigation Order* - são uma forma específica de reunião das partes (sem a utilização da ficção jurídica da representação processual), por meio de listagem de ações com registro em grupo,<sup>46</sup> a fim de racionalizar o julgamento de processos que versem sobre as mesmas questões de fato ou de direito.

Ressalte-se, desde já, que as Ordens para Litígio em Grupo (*GLO*) consistem hoje no principal instrumento do sistema inglês para o tratamento dos litígios com múltiplas partes.<sup>47</sup>

A disciplina da *Group Litigation Order* consta das regras 19.10 a 19.15 da Seção III do Código de Processo Civil para a Inglaterra e País de Gales, bem como das normas da *Practice Direction 19B*, que as complementam.

A Regra 19.10 traz a definição do instituto, que consistiria em uma decisão judicial tomada sob a Regra 19.11, para prover a “administração do caso”, ou *case*

---

<sup>44</sup> STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 361.

<sup>45</sup> Vide, por todos, Stephen Yeazell, YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 38.

<sup>46</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*/ Neil Andrews; (orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista os Tribunais, 2009, p. 343.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 343.

*management*<sup>48</sup> de ações que tenham origem em questões comuns ou semelhantes de fato ou de direito. Tais questões comuns são chamadas de “*GLO issues*”.

A Regra 19.11 explicita as hipóteses de cabimento do procedimento-padrão inglês, dispondo, em seu parágrafo 1º, que a Corte pode admitir a *GLO* onde existam ou pareçam existir um expressivo número de ações que tenham por origem “*GLO issues*”.

O parágrafo 2º desta Regra estabelece os requisitos imprescindíveis à instauração do procedimento, a saber: a) a *Group Litigation Order* deverá contemplar instruções acerca do estabelecimento de um *group register* (registro em grupo), no qual as ações administradas sob este procedimento deverão ser incluídas; b) especificação das questões comuns (*GLO issues*) que identificarão as ações a serem administradas como um grupo sob o procedimento da *Group Litigation Order*; e c) especificação do juízo (*management court*) que irá administrar as ações no *group register*.

O parágrafo 3º da Regra 19.11 traz as circunstâncias que podem ser determinadas durante o procedimento da *GLO*.

Sua alínea “a” estabelece que, com relação às ações que dão ensejo ao surgimento de uma ou mais questões comuns, pode ocorrer uma das três hipóteses a seguir: a) seu encaminhamento à *management court*; b) sua manutenção no juízo de origem até nova decisão; e c) determinação de seu ingresso no *group register*.

Poderá ainda haver a determinação de que, a partir de determinada data, ações que dão origem a uma ou mais questões comuns (*GLO issues*) deverão ser iniciadas diretamente na *management court* e cadastradas no *group register* (alínea “b”).

---

<sup>48</sup> Diogo Assumpção Rezende de Almeida ensina que o *case management* “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.” Tal noção, comum entre nós, de ordenamento jurídico filiado à família da *civil law*, consiste em ruptura de paradigma para o direito inglês, que até o advento do Código de Processo Civil, no ano de 1999, regia-se pelo sistema adversarial, no qual o processo era conduzido quase que exclusivamente pelos advogados. ALMEIDA assevera que “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.” Louvando-se nas lições de Neil Andrews, o processualista informa que o Relatório Woolf, documento que serviu de base para a grande reforma processual inglesa e galesa pretendeu 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) transformar o exercício da jurisdição mais eficiente e menos custoso, evitando gastos excessivos e desproporcionais.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *O case management inglês: um sistema maduro?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII, p. 288-300.

Quanto à possibilidade de início da ação já no tribunal competente, ainda que a nossa legislação projetada não tenha encampado tal regra, entendemos não existir grande diferença prática entre o incidente inglês e brasileiro neste ponto, uma vez que, conforme previsto no artigo 934 do Projeto de novo Código de Processo Civil, todas as ações individuais que versem sobre a questão jurídica objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas ficarão suspensas, aguardando a definição, pelo tribunal, da tese jurídica aplicável ao caso.

Por fim, a alínea “c” prevê que a corte responsável pela *Group Litigation Order* poderá determinar instruções para a publicidade do procedimento.

Antes de avançarmos na análise da Seção III do Código de Processo Civil inglês, cumpre consignar duas importantes peculiaridades da *GLO*, quanto à legitimidade para a sua instauração e seu juízo de admissibilidade.

No que concerne à primeira, a disposição prevista no quarto parágrafo da *Practice Direction 19B* contempla a possibilidade de instauração da *Group Litigation Order* de ofício pelo próprio Poder Judiciário.

Quanto à segunda peculiaridade, a qual provavelmente foi inserida na legislação inglesa como forma de controle de eventuais abusos no exercício da prerrogativa acima descrita, refere-se à fixação de uma espécie de dupla instância de admissibilidade do procedimento.

Neil Andrews explica que na Inglaterra vige um sistema de dois níveis de aprovação da ordem de litígio em grupo. Ou seja, nas hipóteses de decisão pela *GLO* de ofício pelos tribunais ou mesmo nos casos mais comuns de estabelecimento deste procedimento por provocação das partes, há a necessidade de ratificação desta decisão preliminar por um *senior judge*, conforme previsto no parágrafo 3.3 e seus incisos da *Practice Directon 19b*.<sup>49</sup>

A Regra 19.12 aborda a questão dos efeitos da *Group Litigation Order*.

Seu parágrafo 1º determina que, nos casos em que um julgamento ou decisão são proferidos numa demanda incluída no *group register*, com relação a uma ou mais questões comuns, tal julgamento ou decisão será vinculante sobre as partes de todas as outras ações que se encontrem registradas no grupo no momento em que o julgamento é proferido ou que a decisão é exarada, a menos que a corte determine de modo contrário (regra da alínea “a”). Além disso, a corte poderá determinar que tal julgamento ou decisão também sejam vinculantes com relação às partes de qualquer demanda que seja incluída no *group register* em momento posterior (disposição da alínea “b”).

---

<sup>49</sup> *Op. Cit.* 345.

Constata-se, neste ponto, certa semelhança com o procedimento-modelo previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (artigo 938), com a extensão dos efeitos da tese jurídica aos demais casos que versem sobre a mesma questão de direito. A diferença é que, no instituto inglês, como regra, a decisão só é aplicada aos processos que se encontram previamente registrados no *group register*. A Corte poderá, todavia, conforme mencionado, estender os efeitos da decisão aos casos semelhantes posteriormente registrados. No Brasil, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas não terá como requisito, para a extensão dos efeitos da tese jurídica nele decidida, o prévio registro de ações. Aqui, a aplicação da tese jurídica seria obrigatória para todas as demandas ajuizadas antes ou após a decisão proferida no incidente.<sup>50</sup>

Tal limitação de efeitos justifica a filiação do procedimento-modelo inglês ao modelo *opt-in*. Ainda que tenhamos sustentado linhas acima que tal sistema de vinculação de decisões judiciais somente teria aplicação nas ações coletivas, admitimos a utilização do termo – ainda que por analogia – nas ações-teste inglesas. Explica-se: diante da possibilidade (a bem da verdade, da regra), de extensão dos efeitos da decisão proferida quanto às questões comuns apenas quanto aos autores ou réus de ações que tenham sido incluídas no *group register*, surge, aqui, certa semelhança com os sistemas de processos representativos de determinados ordenamentos jurídicos que disciplinam seus efeitos vinculantes pelo sistema de inclusão.<sup>51</sup>

Isto porque, ao não exercer seu direito de inclusão no grupo, o autor individual de uma demanda que também verse sobre as mesmas questões comuns discutidas na *GLO* não será afetado pelos efeitos da decisão proferida sob aquele procedimento.

O parágrafo 2º desta Regra prevê que qualquer parte que seja negativamente afetada pelo julgamento ou decisão que lhe alcance com efeito vinculante poderá pedir permissão para recorrer, a menos que se aplique a regra contida no parágrafo 3º.

A conjugação das regras dispostas nos parágrafos 1º e 2º deixa claro, portanto, que a decisão do tribunal quanto a uma questão comum vincula todos os membros do grupo, desde que esta lhes seja favorável.<sup>52</sup>

Cabe aqui a ressalva feita por Neil Andrews no sentido de que:

---

<sup>50</sup> OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>, p. 8.

<sup>51</sup> França, Itália, Suécia e Colômbia são exemplos de países cujos ordenamentos jurídicos adotam o sistema de vinculação *opt-in* quanto à extensão subjetiva dos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas.

<sup>52</sup> Neste sentido, vide ANDREWS. *Op. Cit.*, p. 347.

Essa questão comum geralmente envolve questões de responsabilidade ou de determinada categoria de prejuízo. Daí em diante, entretanto, cada autor deve declarar que sofreu perdas pessoais. O direito inglês não permite indenização por danos sem que haja provas de perdas reais sofridas por autores individuais.<sup>53</sup>

Nesta linha de raciocínio, vale afirmar que, tal como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento-modelo alemão, o desfecho desfavorável quanto ao julgamento das questões comuns numa *GLO* não significa, necessariamente, a derrota em processo individual que verse sobre aquele mesmo assunto, já que no julgamento da ação individual podem ser detectadas circunstâncias fáticas ou jurídicas peculiares que conduzam a uma decisão em sentido diverso.<sup>54</sup>

Isto se dá em virtude da cisão da cognição judicial, que, conforme já sustentado neste trabalho, cria dois âmbitos distintos de julgamento, a saber, um coletivo, referente às questões comuns a todas as demandas repetitivas, e outro destinado à averiguação das peculiaridades de cada ação individualmente considerada.

Tal mecanismo confere o necessário equilíbrio às ações-teste, ao proporcionar a efetivação do princípio da efetividade da tutela jurisdicional por ocasião do julgamento das questões comuns, com a extensão dos efeitos desta decisão àqueles que se encontrem em situação semelhante, além de também assegurar as imprescindíveis garantias processuais individuais aos jurisdicionados, ao possibilitar que estes exerçam de forma irrestrita o contraditório e a ampla defesa no que concerne às questões jurídicas periféricas e eventuais peculiaridades fáticas de suas causas.

De volta à Regra 19.12, seu parágrafo 3º estabelece que a parte de uma ação que foi incluída no registro em grupo após o julgamento ou decisão que lhe produz efeito vinculante não poderá: a) requerer que o julgamento ou decisão sejam anulados, alterados ou mantidos; ou b) interpor recurso contra o julgamento ou decisão, podendo, todavia, solicitar à corte que tais determinações judiciais não lhe sejam vinculantes.

Forçoso reconhecer, portanto, três notas garantísticas do procedimento-modelo inglês: a) a faculdade de aderir ou não ao grupo, resguardando-se a possibilidade de não se submeter à eficácia vinculante da decisão nele proferida, caso o autor da demanda

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>54</sup> Neste sentido, ROSSONI, Igor Bimkowski: “Contudo, importante ter presente que a vinculação às questões de fato ou de direito (*GLO issues*) é apenas em relação aos aspectos comuns tratados no *GLO* e constantes no registro. Isso não significa que o resultado do processo coletivo tenha, a priori, o mesmo desfecho do processo individual, pois decidida a questão comum, passa-se à individual.” O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a introdução do *Group Litigation* no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 18 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=802](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802)>. Acesso em: 09 jul. 2011, p. 7.

individual opte pela segunda alternativa (filiação à sistemática *opt-in*, conforme já analisado); b) a possibilidade de, mesmo tendo manifestado interesse em integrar o grupo, escapar da incidência de efeitos desfavoráveis aos seus interesses, mediante a formulação de requerimento para interposição de recurso contra a decisão proferida no incidente; e c) mesmo nos casos em que a parte passa a integrar o grupo após o julgamento de questões que lhe produzem efeitos vinculantes desfavoráveis, existe a possibilidade de requerer à corte que tais determinações não lhe sejam vinculantes.

Cumprе consignar que, a nosso ver de forma acertada, nenhuma previsão semelhante foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro.<sup>55</sup>

De fato, como já afirmado, não se nega o caráter garantístico destas normas do direito inglês. Todavia, a “importação” de tais disposições para a disciplina do nosso incidente de resolução de demandas repetitivas comprometeria sobremaneira o seu escopo de promoção da celeridade processual tão almejado pela sociedade contemporânea e defendido com tanta veemência pela comissão de juristas que o idealizou.<sup>56</sup>

O quarto e último parágrafo desta Regra dispõe que, a menos que a corte decida de modo diverso, a revelação de qualquer documento relacionado às questões comuns por uma parte de uma demanda registrada no grupo será considerada como revelação de

---

<sup>55</sup> Cumprе registrar que parte da doutrina manifesta-se em sentido diametralmente oposto. Confira-se, por todos, Daniel de Andrade Lévy, para quem a possibilidade de aderir voluntariamente ao grupo e, por via de consequência, de poder ou não se submeter à decisão proferida no incidente, assim como o poder de recorrer atribuído às partes que se sentirem prejudicadas no julgamento de uma ação-teste inglesa, denotam uma maior preocupação com o jurisdicionado por parte do legislador inglês, se comparado ao legislador pátrio: “Vê-se aqui uma clara diferença de concepção do Anteprojeto, onde a tese jurídica decidida no incidente será aplicada “a todos os processos que versem idêntica questão de direito” (art. 938), ao contrário da GLO, em que os efeitos estendem-se apenas às causas registradas no grupo. Talvez se possa ver na regra do Anteprojeto uma preocupação antes com o desafogamento do Poder Judiciário e, em seguida, com as partes envolvidas, enquanto a regra da GLO transmite uma inquietação antes com os indivíduos inseridos no grupo e, após, com o bom funcionamento do judiciário.” LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order britânica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 196, jul/2011, p. 193-194.

<sup>56</sup> O fundamento de tal assertiva repousa nas profundas diferenças sociais e econômicas verificadas entre os dois países, as quais acabam por refletir em diferenciados níveis de litigiosidade de suas populações. Com efeito, somente no primeiro semestre deste ano, o Superior Tribunal de Justiça julgou mais de 300 recursos repetitivos sob o rito do artigo 543-C do CPC, conforme notícia extraída do sítio do Superior Tribunal de Justiça em 25.07.2011 <<http://www.stj.jus.br>>. Ainda que se trate de instrumento processual diverso, parece inegável que o mecanismo processual de julgamento dos recursos especiais repetitivos possui natureza semelhante à do ainda projetado incidente de resolução de demandas repetitivas, podendo ser tomado de base, portanto, para uma estimativa da frequência de sua utilização, caso aprovado. Na Inglaterra, porém, as *Group Litigation Orders*, em vigor desde o ano de 2000, contam apenas com aproximadamente 70 casos formalmente instituídos, conforme informa Daniel de Andrade Lévy. *Op. Cit.* p. 185. Ante o exposto, não há como negar o abismo que separa as realidades judiciárias de Brasil e Reino Unido, razão pela qual entendemos como pertinentes e mesmo necessárias as sensíveis diferenças no regramento das ações-teste dos dois países.

tal documento a todas as partes integrantes de ações já registradas no grupo ou que sejam incluídas neste grupo em momento subsequente.

A Regra 19.13 trata do *case management*, ou seja, da administração da *Group Litigation Order* pela corte designada para tal mister, a qual poderá determinar as seguintes providências: a) alterar as questões comuns que serão decididas; b) eleger uma ou mais ações integrantes do *group register* para prosseguir como ações-teste; c) indicar o advogado de uma ou mais partes para ser o principal advogado dos autores ou réus; d) especificação dos detalhes que serão incluídos na descrição de um caso, a fim de demonstrar que o critério de inclusão de uma ação no *group register* tenha sido cumprido; e) especificação de uma data, depois da qual nenhuma ação será admitida no *group register*, a menos que a corte conceda permissão e f) para a admissão de qualquer ação particular, que enfrente uma ou mais das questões comuns no *group register*.

A Regra 19.14 trata da possibilidade de exclusão do registro público.

Seu parágrafo 1º estabelece que a parte de uma demanda incluída no *group register* pode requerer à corte que administra a *GLO* a exclusão de sua ação de tal registro.

O parágrafo 2º dispõe que, se a *management court* deferir o pedido de exclusão da ação do registro público, poderá dar orientações acerca do tratamento a ser conferido ao caso.

A Regra 19.15, última da Seção III do Código de Processo Civil inglês, trata especificamente das ações-teste que podem ser instauradas durante o procedimento da *Group Litigation Order*. Pela importância para o estudo ora empreendido, também serão comentadas as regras da *Practice Direction 19B* aplicáveis ao ponto.

Dispõe o primeiro parágrafo da Regra que, nos casos em que tenha sido expedida orientação para que uma ação do registro em grupo prossiga como uma ação teste e esta ação venha a ser extinta por acordo, a *management court* poderá ordenar que outra ação do registro em grupo a substitua como ação teste.

O parágrafo 2º, por sua vez, estabelece que, nos casos em que a ordem tenha sido exarada sob a regra do parágrafo anterior, qualquer decisão tomada na ação teste antes da data de sua substituição por outra será vinculante sobre a nova ação tomada como piloto, a menos que a corte decida de modo diverso.

A Regra 15 da *Practice Direction 19B*, ao dispor sobre o julgamento, assevera, em seu parágrafo primeiro que a *management court* pode expedir orientações tanto

quanto ao julgamento das questões comuns como quanto ao julgamento das questões individuais.

O segundo parágrafo traz a regra segundo a qual as questões comuns e as ações-teste serão normalmente julgadas pela *management court*. As questões individuais, todavia, poderão ser encaminhadas para julgamento em outras cortes cuja localização seja conveniente para as partes.

Aqui se manifesta, uma vez mais, a característica que, a nosso sentir consiste na nota típica das ações-teste e que as diferenciam tanto dos modelos processuais tipicamente individuais quanto das ações coletivas: a cisão da cognição judicial ou cognição judicial seguímentada.

De fato, tais dispositivos demonstram de forma inequívoca que, tal como ocorre nos procedimentos-modelo alemão e brasileiro, as *test claims* inglesas são igualmente regidas pela sistemática da repartição da cognição judicial entre o tribunal, a quem compete o julgamento das questões comuns, e outras instâncias julgadoras (normalmente de instância inferior), às quais cabe a análise das demais questões fáticas e jurídicas periféricas.<sup>57</sup>

Por fim, cabe o registro do *Senior Master* Robert Turner quanto ao sucesso obtido pelo sistema da *Group Litigation Order*:

Em GLOs nas quais estive envolvido, conseguimos acordos ou chegamos a decisões em cerca de metade ou um terço do tempo que um litígio normal levaria. Em todos os casos, as partes saíram satisfeitas com os resultados. A quantidade de processos no tribunal foi drasticamente reduzida. Diversas pessoas, que de outra forma não conseguiriam indenização justa, obtiveram a compensação desejada, que nem mesmo tentariam obter não fosse o sistema GLO.”<sup>58</sup>

#### 4. Conclusão

---

<sup>57</sup> Neste sentido, confira-se MENDES: “Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista estas peculiaridades. (...) As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial (*management court*), que ficará prevento para, inclusive, efetuar, também o registro de pretensões individuais relacionadas com a *common question* ou com a *test claim*. Todavia, as questões individuais são normalmente julgadas por tribunais locais, levando em consideração a decisão coletiva ou o resultado da ação de ensaio e eventuais diretrizes formuladas pela *management court*.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 55-56.

<sup>58</sup> ANDREWS, Ob. Cit., p. 350.

Com o objetivo de atender às necessidades da sociedade contemporânea, Alemanha e Inglaterra desenvolveram mecanismos processuais próprios para o tratamento de pretensões que, apesar de individuais, revestem-se de interesse coletivo, por abarcarem expressivo número de interessados.

Tais pretensões dão ensejo à propositura de ações chamadas de repetitivas, “de massa”, isomórficas ou seriadas, e geralmente têm por fundamento um direito individual homogêneo surgido da multiplicidade de relações jurídicas idênticas ou semelhantes travadas entre o Estado e seus cidadãos, concessionárias de serviços públicos e usuários, grandes empresas e consumidores e etc.

Para enfrentar os reflexos desta nova realidade verificados na relação entre investidores do mercado de capitais e grandes empresas com ações em bolsa, a Alemanha acrescentou, no ano de 2005, a ação-teste denominada *Musterverfahren* ao seu sistema processual até então regido exclusivamente pelo modelo processual individual clássico.

Do mesmo modo, a Inglaterra, notoriamente filiada à *common law* e berço das *class actions*, também passou a adotar procedimento-modelo semelhante (*Group Litigation Order*), por ocasião do advento de seu Código de Processo Civil em 1999.

O fato de dois países com ordenamentos jurídicos tão distintos adotarem mecanismos processuais tão semelhantes conduz à conclusão de que a adoção das ações-teste pode despontar como a solução mais adequada para o tratamento das ações repetitivas.

Na esteira desta revolução processual, o legislador brasileiro inseriu no Projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/10, em trâmite na Câmara dos Deputados) o incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja inspiração no modelo alemão foi declarada pela própria Comissão de Juristas encarregada da elaboração do texto.

Seja nos modelos de direito comparado ora analisados ou no incidente previsto na legislação brasileira projetada, a nota característica das ações-teste consiste na cisão da cognição judicial (também chamada de cognição judicial seguímentada) entre o julgamento das questões comuns a todas as ações repetitivas num primeiro momento e, após a definição destas, a remessa para outro órgão julgador, ao qual competirá o julgamento das demais questões jurídicas e fáticas de cada ação individualmente considerada.

Seus principais escopos são a promoção dos princípios da isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica, alcançados pela uniformização da jurisprudência obtida no primeiro momento da citada cognição judicial seguitada, ou seja, pelo julgamento das questões comuns que deram ensejo à propositura de um grande número de ações isomórficas.

As ações-teste também possuem o condão de concretizar os princípios da celeridade e da economia processual, contribuindo para a racionalização da prestação jurisdicional, ao aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário.

Por tais razões, sustentamos que, uma vez aprovado, o incidente de resolução de demandas repetitivas contribuirá de forma significativa para o aprimoramento da prestação jurisdicional em nosso país.

### **Referências bibliográficas:**

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O case management inglês: um sistema maduro? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.

ANDREWS, Neil. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 11, n. 2, Durham, Duke University School of Law, Spring-Summer 2001, p. 249-267. Disponível em [www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L+249](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L+249). Acesso em 14 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*/ Neil Andrews; (orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista os Tribunais, 2009.

BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio\\_adonias\\_aguiar\\_bastos.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf) Acesso em 15 de maio de 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 123-146.

CONSOLO, Claudio. RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 255-279.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. /Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha. Vol. 3. 9ª ed. Bahia: Editora JusPodium.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/ Andrea Carla Barbosa... (et. al.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HESS, Burkhard. “Relatório nacional da Alemanha”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order Britânica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 196, jul/2011, p. 165-205.

LOBO, Arthur Mendes. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Revista de Processo, n. 185, jul/2010, p. 233-244.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4).

NUNES, Dierle José Coelho. *Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>.

OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>

/arquivos/dimensao\_da\_garantia\_do\_acesso\_a\_justica\_na\_jurisdicao\_coletiva\_061103.pdf> Acesso em: 04.08.2011.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. *A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS n.º 166/2010*. Disponível em < <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em 11 de junho de 2011.

ROSSONI, Igor Bimkowski: *O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 18 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=802](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802)>. Acesso em 14 de abril de 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: O controle panóptico da justiça*, p. 4. Disponível em <[http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=17&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40)>. Acesso em 02.08.2011.

STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 355-371.

YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

## A GARANTIA DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

*Sheila Mayra Lustoza de Souza Lovatti*

Mestranda do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Estácio de Sá em Direito Público, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, pesquisadora com bolsa do CNPQ. Bacharela em direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especializada em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora do Grupo: As matrizes autoritárias do processo penal brasileiro: para além da influência do Código Rocco (1940). Instituição proponente: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada com atuação exclusiva na advocacia criminal desde 2005, inscrita na OAB/RJ sob o nº 137.692.

**Resumo:** O Direito Penal representa a mais violenta forma do poder estatal sobre a liberdade do indivíduo. Por esta razão sua aplicação somente se justifica quando demonstrada sua imperiosa necessidade. O Direito Processual Penal estrutura as regras para que esse exercício da violência estatal permita que o acusado confronte o poder do Estado no curso do processo. Este só atende a sua finalidade quando se apresenta como um procedimento justo e equitativo, protegendo amplamente os direitos do acusado. O objetivo deste artigo é analisar o avanço da jurisprudência acerca da garantia à vedação a autoincriminação compulsória no TEDH e no Brasil.

**Abstract:** Criminal law is the most violent form of state power over individual liberty. Therefore its application is justified only when demonstrated their urgent need. The Criminal Procedure Law rules that structure this exercise of state violence that allows the accused to confront the power of the state during the process. This only serves its purpose when it presents itself as a fair and equitable procedure, fully protecting the rights of the accused. The objective of this paper is to analyze the progress of jurisprudence about the security fence to compulsory self-incrimination before the TEDH and Brazil.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Interrogatório – Direito ao Silêncio – TEDH – Brasil.

*“Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram ao lugar luminoso  
Onde a verdade esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades  
Diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela  
E carecia optar. Cada um optou conforme  
Seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”*

**(Carlos Drummond de Andrade)**

## **Introdução**

O Direito Penal representa a mais violenta forma do poder estatal sobre a liberdade individual e por esta razão sua aplicação somente se justifica quando demonstrada sua imperiosa necessidade. O Direito Processual Penal estrutura as regras para que esse exercício da violência estatal permita, de alguma maneira, que o acusado confronte o poder do Estado no curso do processo.

Mas o processo só atende a sua finalidade quando se reveste de um procedimento justo e equitativo, de forma a garantir amplamente os direitos do acusado. No processo penal esse procedimento deve se dirigir de forma que se assegure aos acusados *“o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*<sup>1</sup>, consagrando o devido processo legal como norma fundamental de procedimento e garantia do *jus libertatis*.

A noção do direito de defesa, segundo L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>2</sup>, pode ser extraída do significado de contraditório, comportando noções de alegação e demonstração. Ada Pellegrini Grinover<sup>3</sup> edifica a ampla defesa a um direito não só do acusado, mas como uma garantia deste de um lado e de um justo processo de outro.

O interrogatório do acusado, em juízo, constitui ato processual de grande importância, tanto que o Código de Processo Penal reserva um capítulo específico (capítulo III, artigos 185 a 196) para cuidar do tema, onde são traçadas regras detalhadas e bem definidas sobre as circunstâncias que o cercam.

---

<sup>1</sup>Art. 5º, LV, Constituição da República de 1988.

<sup>2</sup>CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho, *Processo Penal e Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª. Ed, 2009. 146.

<sup>3</sup>GRINOVER, Ada Grinover, *As Garantias Constitucionais do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 08.

Desta forma, quando se examina a forma pela qual deve ser conduzido o interrogatório do réu, percebe-se a cautela que se buscou de forma a preservar a intangibilidade do acusado, para que se possa conferir ao argüido o tratamento adequado à pessoa humana.

Portanto, além dos direitos constitucionais garantidores da própria liberdade e da submissão do Estado às regras do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR) soma-se outro decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se auto acusar), facultando-se ao preso o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CR). Trata-se de uma garantia processual penal de assento constitucional.

Sobre esta última garantia, Marco Antônio de Barros<sup>4</sup> entende que o legislador constituinte disse menos do que queria, quando assegura somente ao preso o direito de permanecer em silêncio. Tanto que em 2003 alterou-se o art. 186 do CPP, donde atualmente se extrai que “*o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*”, adequando-se ao texto constitucional.

Existe uma tendência de equiparação do princípio da não autoincriminação ao direito de silêncio, mas embora o *nemo tenetur se detegere* e a garantia ao silêncio serem institutos indissociáveis, o direito ao silêncio é apenas uma faceta daquele<sup>5</sup>.

Trata-se de direito que encontra respaldo legislativo e jurisprudencial, tanto no cenário interno quanto no internacional e que possui sua fonte de inspiração no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, III) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, g) que resguardam o direito a toda pessoa acusada da prática de uma infração penal de não ser obrigada a depor contra si, nem declarar-se culpada.

No cenário supranacional, a ampla abrangência do significado desse preceito vem se solidificando, ainda que em alguns diplomas legais essa garantia não esteja expressamente prevista. Por exemplo, esse direito é reconhecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como parte de um bloco de garantias de direitos que fazem parte de um processo justo e equitativo, embora a Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950, não tenha tratado taxativamente deste assunto.

---

<sup>4</sup>BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 167.

<sup>5</sup>AMBOS, Kai, *Processo Penal Europeu*, Trad. Marcellus Polastri, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.53.

Ao contrário, na Ordenanza Procesal Penal Alemã, a teor do § 136, no processo penal ninguém será obrigado a incriminar-se e qualquer um tem direito discricionário a declarar ou não sua culpa. Tudo indica que há uma forte influência do Tribunal Alemão no avanço da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar, em abordagem sintética, que não mais se exige, nas palavras de Castanheira Neves, o heroísmo de dizer a verdade auto incriminadora<sup>6</sup>.

## **I – em busca da “verdade” perdida**

O Processual Penal traz as regras para que o acusado contradite o poder punitivo estatal durante a instrução, desempenhando papel limitador deste poder e garantidor dos direitos do acusado. Não pode ser visto, portanto, como um método de se alcançar a verdade por meio da reconstrução dos fatos; o juiz deve julgar a partir de uma *interpretação* dos fatos, que são o objeto da prova.

Cumprе esclarecer que não é, nem poderia ser, o objetivo desta breve abordagem enfrentar as profundas concepções filosóficas que envolvem o mito da verdade no processo penal. De fato, no âmbito processual a possibilidade de se obter, por intermédio dos mecanismos probatórios, a *verdadeira* reconstrução dos fatos é missão inatingível.

A Teoria Garantista de Ferrajolli<sup>7</sup> desconsidera a possibilidade de se obter a verdade absoluta, pois a verdade possível no processo é a das teorias científicas e de qualquer argumentação empírica<sup>8</sup> e que “uma justiça penal integralmente *com verdade* constitui uma utopia, e uma justiça penal completamente *sem verdade* equivale a um sistema de arbitrariedade<sup>9</sup>.”

---

<sup>6</sup>CASTANHEIRA NEVES, A., *Sumários de Processo Penal*, 1968, in BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 168.

<sup>7</sup> A teoria garantista de Ferrajolli estabelece três principais eixos: o primeiro é a análise do direito a partir de um enfoque filosófico, controlando e reduzindo o poder do Estado, no curso de um processo que visa retirar a presunção de inocência do acusado. O segundo plano, o político, voltado para a justificativa ética e política da necessidade da intervenção do Estado sobre a liberdade do indivíduo e os critérios que envolvem as decisões judiciais. O último é o plano jurídico, que se liga à validade, à exigência de coerência interna do sistema penal positivo e sua relação com a legislação infraconstitucional e a Constituição. Assim, o garantismo penal seria a expansão dos direitos fundamentais dos cidadãos, acarretando a maximização da liberdade. O Autor defende a regra do Estado mínimo liberal e Estado máximo social e no âmbito penal o Estado deve ser mínimo com a diminuição das restrições à liberdade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3ª. Ed, São Paulo: RT, 2010)

<sup>8</sup> *Idem*, 2010, p. 52

<sup>9</sup>, *Ibidem*, 2010, p. 48

Para Ferrajoli<sup>10</sup>, a idéia de que a busca da verdade justifica qualquer meio se reverte, no garantismo penal, a idéia de que é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim. Na mesma linha de raciocínio, Antônio Magalhães Gomes Filho:

“O magistrado tem atuação disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação dos elementos probatórios; basta pensar na proibição das provas ilícitas, na vedação de que o juiz se utiliza de seus conhecimentos privados, nas formalidades exigidas para a introdução das provas, na observância do contraditório, na exigência de que certos fatos sejam provados por determinados meios (como ocorre no processo penal, com a obrigatoriedade do exame de corpo de delito ou com as restrições quanto à prova relativa ao estado das pessoas), etc., para que se tenha uma idéia das importantes limitações que são colocadas à livre investigação dos fatos em juízo.”<sup>11</sup>”

O citado autor<sup>12</sup> aduz ser inconcebível uma sentença justa que não esteja amparada na *verificação correta* dos fatos, mesmo que o juiz tenha limitada sua atuação na obtenção da verdade.

Diferentemente dos processos penais dos sistemas autoritários, que declaram como objetivo a busca da verdade *real*, aprofundando a investigação dos fatos e fazendo do acusado meio de prova, obrigando-o a declarar sua culpa, o impedindo de silenciar, punindo-o, na hipótese de se constatar alguma inverdade em seu interrogatório, com investigações unilaterais voltadas exclusivamente à defesa social, no Estado Democrático de Direito, busca-se, por intermédio das provas e contraprovas da acusação e defesa, a verdade *processual*.

Mas o que seria essa verdade processual? Para Francisco das Neves Baptista<sup>13</sup>, seria a “*correspondência entre o pensamento e um ser existente num universo exterior ao mesmo pensamento*” e para Mittermaier<sup>14</sup> a “*verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito.*”

Veja-se, portanto, que existe uma limitação histórica dos fatos ao seu intérprete e por esta razão ela sempre será imperfeita, eis que haverá a interferência dos sujeitos (acusação e defesa) nesta reconstrução.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, 2010, p. 560

<sup>11</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997, p.45.

<sup>12</sup> *Idem*, 1997, p.45.

<sup>13</sup> BAPTISTA, Francisco Neves, *O mito da verdade da dogmática do processo penal*, Rio de Janeiro, 2001, p.33

<sup>14</sup> MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Trad. :Hebert Heinrichi, São Paulo: Bookseller, 2004, p.79 in PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa, *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*, São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.137.

## **II- a garantia da vedação da autoincriminação compulsória**

A garantia da vedação a autoincriminação compulsória impõe que nenhum indivíduo pode ser constrangido a confessar a prática de um crime e que mesmo quando alguém opte por assumir a prática de um ilícito, vedada também está a criação de qualquer tipo de interpretação negativa em seu desfavor em virtude desta opção.

Diferentemente das testemunhas que têm a obrigação de contribuir com a justiça, daí a tipificação do falso testemunho (art. 342, CP), que não se aplica ao suspeito ou acusado da prática de um crime.

Entre os defensores de que ao Acusado no processo penal é lícito calar-se em relação aos fatos que lhe possam causar prejuízos e constituir prova contra si mesmo, há aqueles que estabelecem restrições quanto ao chamado “direito de mentir”:

“na questão específica apresentada quanto ao direito de mentir que se é dado ao acusado de crime este não encontra guarida no princípio da ampla defesa por encerrar aquele um comportamento proscrito pelos valores morais e éticos de nossa sociedade, sendo que o princípio reclamado como inspiração dos anseios evolutivos da comunidade não lhe pode dar abrigo<sup>15</sup>”.

O entendimento que mais se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito é, conforme ponderação de Thiago Bottino do Amaral<sup>16</sup>,:

*“o reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo que seu comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado, em nome de um bem jurídico individual ou coletivo afetado, seja maior do que o comprometimento que tem consigo mesmo. Não obstante a confissão seja admirável do ponto de vista de uma certa moral, e o Direito Penal inclusive a considere uma circunstância atenuante na fixação da pena, não há que se exigir que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa”.*

---

<sup>15</sup>FERNANDES, Eduardo Paes, Breves Considerações Sobre o Direito Fundamental à Mentira Outorgado aos Acusados no Processo Penal, *Júris Poiesis*, ano 10, n 10, 2007, p.424.

<sup>16</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 49.

E é justamente no interrogatório que se observam mais claramente as diferenças entre sistemas democráticos e autoritários - se visto como meio de prova ou meio de defesa - e a garantia à vedação a autoincriminação faz surgir uma barreira na produção da prova no processo penal:

“Dentre as limitações de provas ditadas pela necessidade de tutela a direitos fundamentais, um grupo extenso e emblemático é representado pelas regras que dizem respeito à preservação da liberdade de expressão, da dignidade e da integridade física do acusado.

Infelizmente, o processo penal ainda não deixou de ser um ritual de degradação do *status* social do indivíduo e a humilhação do acusado subsiste como elemento importante e pouco custoso dos mecanismos de repressão; essa dolorosa constatação parece mais reforçada nos domínios de prova, pois a tentação de buscar-se o conhecimento dos fatos através de seu principal protagonista (se culpado) é muito grande”.<sup>17</sup>

Em obra intitulada *Considerações Sobre o Conceito do Interrogatório do Acusado*<sup>18</sup>, Jorge Alberto Romeiro defende ser o interrogatório meio de defesa. Fundamenta-se em estudo aprofundado da legislação dos povos antigos, desde o Código de Hamurabi (onde o acusado não era obrigado a se autoincriminar), analisando as leis de Manu (das quais se extraiu que o homem que silenciava era considerado culpado), passando pelo direito Egípcio (o interrogatório era meio de prova) e, finalmente, o Direito de origem hebraica (interrogatório como meio de defesa).

Quando Roma constitui-se em República, vigorava a garantia da vedação da autoincriminação compulsória, prevalecendo até a ascensão do Império Romano, época em que a tortura começou a ser utilizada nos interrogatórios, mantendo-se durante toda a Idade Média, atingindo seu ápice na Inquisição.

O princípio *nemo tenetur se degetere*, garantia processual do sistema acusatório, foi enunciado pela primeira vez por Hobbes, em *Leviatã*:

“É igualmente inválido o pacto em que uma pessoa acusa a si mesma, sem garantia de perdão, pois, na condição natural, em que todo homem é um juiz, ele não pode acusar a si mesmo, e, num Estado civil, a acusação é sempre seguida de uma punição, que, sendo uma força, não somos obrigados a tolerar”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997, 110/111.

<sup>18</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942, p.46, in AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p.39.

<sup>19</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Trad. Rosina D'Angina, São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 104.

Na segunda metade do século XVIII, sob a influência do pensamento iluminista foi publicado em 1794 na Itália a obra de Beccaria “*Dos Delitos e das Penas*”, que se insere no movimento filosófico e humanitário a partir do qual diversas nações deixaram de aplicar a tortura para se obter confissões.

Ainda segundo Jorge Alberto Romeiro<sup>20</sup>, o Código de Processo Criminal do Império de 1832, o Código de Processo Criminal da Alemanha de 1877 e o Código de Processo Penal da Itália de 1913 foram influenciados pelas idéias iluministas do século XVIII.

Sob a égide do Código de Processo Penal de 1941, no ano de 1942, Jorge Alberto Romeiro<sup>21</sup> sustentava ser o interrogatório meio de defesa, ao contrário de Hélio Tornaghi<sup>22</sup>, que em 1959, afirmava que o interrogatório tratava-se de meio de prova, assim como José Frederico Marques<sup>23</sup>, em 1961, justificava sua tese no fato de no Estatuto Processual Penal de 1941, que teve suas bases no Código Rocco, o interrogatório estava previsto no capítulo concernente às provas e, portanto, era meio de prova.

Vale dizer que em 1959 os tratados internacionais<sup>24</sup> que ergueram o direito ao silêncio à garantia fundamental não existiam e que a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, não tratou deste assunto especificamente.

Para Thiago Bottino do Amaral<sup>25</sup>, ainda hoje persiste o debate em torno do *status* jurídico do interrogatório na dogmática Processual Penal, discussão que esconde uma opção política acerca da finalidade do Direito Processual Penal na organização do Estado:

“A visão do interrogatório como meio privilegiado para a busca da verdade manteve-se forte durante toda a Idade Média – também chamada idade das trevas – atingindo seu ápice com os processos canônicos conduzidos durante a santa inquisição, quando a confissão era chamada de “rainha das provas”. (...) A perspectiva histórica indica que esse conceito de interrogatório predominava nos ordenamentos jurídicos

---

<sup>20</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942, p.46, in AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p.41.

<sup>21</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942.

<sup>22</sup>TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, v. 5, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

<sup>23</sup>MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 1ª. Ed, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense 1961, p.3 21.

<sup>24</sup>Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

<sup>25</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Op. cit.*, 2009, p. 35.

certamente graças à própria organização dos Estados. Qual o sentido de preservar a liberdade do indivíduo em um Estado absolutista? Não seria de estranhar que as mudanças se iniciassem na Inglaterra a partir de 1688 com o *Bill of Rights* – coincidindo com o estabelecimento da monarquia parlamentar e o fim dos poderes absolutos do rei.<sup>26</sup>”

Entretanto, um legítimo discurso jurídico-penal no Estado Democrático de Direito<sup>27</sup> não pode buscar a legitimação no poder de punir, fazendo da instrução processual o *locus* para o exercício desse poder punitivo, mas sim na sua contenção, pois um Estado que coloca o indivíduo como meio de prova contra ele mesmo só pode ser chamado de estado autoritário.

Para colocar em prática o poder de contenção significa fazer cumprir a decisão constituinte e fortalecer o Estado democrático de direito. Significa assegurar a todos os indivíduos – culpados ou inocentes - um modelo processual penal que assegure a proteção da dignidade da pessoa humana, do direito de defesa e a garantia de poder escolher entre falar ou silenciar.

Ao contrário, se para alcançar a “verdade” no processo o Estado utiliza o próprio acusado para o conhecimento dos fatos, reduz o indivíduo à condição de objeto, abandonando todas as garantias referentes à dignidade humana, pois a partir do momento que é exigida a declaração da verdade por parte do acusado, torna-se dever do Estado garantir seu cumprimento, abrindo perigosos precedentes à tortura física ou moral.

Assim, em um sistema punitivo aliado aos ideais democráticos de direito, o interrogatório do Acusado deixa de ser um meio de prova e passa a ser um meio de defesa.

### **Iii – o cenário supranacional**

No cenário supranacional, importante referência judicial que trata da garantia de vedação de autoincriminação compulsória é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), embora a Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH), de 04/11/1950, não tenha previsto expressamente o direito do acusado permanecer em silêncio.

---

<sup>26</sup>26 AMARAL, Thiago Bottino *Idem*, p. 39.

<sup>27</sup>27 STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.147/148.

Verificou-se que o referido Tribunal avançou seu entendimento no sentido de que a garantia de vedação de autoincriminação compulsória comporia o que se entende por um julgamento justo e equitativo<sup>28</sup>.

A legislação processual alemã tem sido modificada continuamente, desde sua introdução, em 1877. Em seu texto “*Sobre la Reforma del Derecho Procesal Penal Aleman*”, Claus Roxin<sup>29</sup> pontua que somente no pós-guerra, a legislação processual foi alterada pelo menos em 50 leis distintas.

Roxin aborda de forma sintética três tendências distintas que têm acompanhado todos os esforços destas modificações legislativas, a saber: (i) o esforço surgido após a lamentável experiência do nacionalismo, de modo a fortalecer os direitos do acusado; (ii) a vontade de alcançar um processo mais célere e (iii) a utilização do direito processual penal na luta contra o terrorismo.

Em 1950 foi concretizada na legislação alemã a proibição da tortura e de todo tratamento cruel e degradante (parágrafo 136.a). Em 1964 foi introduzida a obrigatoriedade do juiz, informar e instruir qualquer acusado em seu interrogatório sobre seu direito de “*não fazer quaisquer declarações sobre a acusação*” (parágrafo 136), obrigação estendida à polícia e ao promotor de justiça (parágrafo 163)<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Artigo 6º - Direito a um processo equitativo:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;  
b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;  
c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;  
d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;  
e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. CÓRDOBA, Gabriela e PASTOR, Gabriel, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

<sup>30</sup> Por esta razão que, por exemplo, foi proibida pelo Supremo Tribunal Alemão a utilização do detector de mentiras (BGHSt 5, 332) e anotações de diário pessoal do acusado (BGHSt 19, 325 ff., 327/28).

Coral Aranguena Fanego<sup>31</sup> analisa a importância da autodefesa conferida pela Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) e a jurisprudência do TEDH. Para a catedrática, o exercício da autodefesa é tão importante que o acusado pode optar por silenciar ou negar-se a prestar declarações e que embora não esteja expressamente relacionado no art. 6º da CEDH, esse direito é reconhecido pelo TEDH como um bloco de garantias de direitos que levam a um processo justo e equitativo.

Importante julgamento que merece ser analisado, citado por Coral Aranguena Fanego<sup>32</sup> é o caso de Abu Balak Jalloh *versus* Alemanha, cidadão de Serra Leoa que vivia em Colônia, na Alemanha. Jalloh foi preso por suspeita de tráfico de drogas: nos momentos que antecederam sua prisão, policiais o viram tirando sacos plásticos de sua boca e entregando-os a uma pessoa, em troca de dinheiro.<sup>33</sup> Quando os policiais se aproximaram do Sr. Jalloh, este engoliu um saco plástico.

Foi detido e encaminhado a um hospital de custódia em Wuppertal-Elberfeld, onde lhe foi oferecido medicamentos para indução de vômito. Ao se recusar a ingerir a medicação, foi inserida uma sonda nasogástrica no Sr. Jalloh e lhe ministraram remédios para indução de vômito. Com isso, o Sr. Jalloh vomitou um saco plástico contendo cocaína, foi processado e condenado por tráfico de drogas.

Após percorrer todas as instâncias alemãs, a defesa recorreu ao TEDH. A tese defensiva baseava-se fundamentalmente: (i) as provas contra ele foram obtidas de forma ilícita, (ii) os policiais e o médico causaram danos à integridade física do Sr. Jalloh, pois fora submetido à tratamento desumano e degradante e (iii) a administração de substâncias tóxicas ministradas ao Sr. Jalloh foi proibida pela Seção 136a<sup>34</sup> do Código de Processo Penal e era medida desproporcional, na forma do art. 81a<sup>35</sup> do

---

<sup>31</sup> ARANGÜENA, Coral, Exigências em Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Assistència Jurídica Gratuita (Art. 6.3.c), in García Roca, Francesco Javier y Santolaya (Coord), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 435.

<sup>32</sup> ARANGÜENA, Coral, Idem, 2005, p. 435.

<sup>33</sup> O caso é narrado no site do Instituto de Direitos Humanos da Holanda, disponível: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f73372f4792025aec12571b000317ebf?OpenDocument>, acesso em 27/12/2010.

<sup>34</sup> O art. 136 a do Código de Processo Penal alemão relaciona os métodos proibidos de interrogatório: Seção 136 a: (1) A liberdade do acusado de tomar decisões e para manifestar a sua vontade não deve ser prejudicada pelos maus-tratos, fadiga induzida, cansaço físico, a administração de drogas, tortura, dissimulação ou hipnose. A coerção só pode ser utilizada na medida em que tal seja permitido pela lei processual penal. Também é proibido ameaçar o acusado com medidas que não são permitidas sob a lei no procedimento criminal.

(2) Medidas que prejudicam a memória do acusado ou sua habilidade de compreender e aceitar um fato determinado não serão permitidas.

(3) A proibição nas subseções (1) e (2) é aplicável independentemente do consentimento do arguido. Declarações que foram obtidas em violação desta proibição não deve ser usado, mesmo se o réu concorda com a sua utilização.

<sup>35</sup> (1) Um exame físico do acusado pode ser ordenado para o estabelecimento de fatos que são de importância para o processo. Para este efeito, a tomada de amostras de sangue e outras intrusões corporais

referido diploma legal, uma vez que a sacola plástica seria expelida de qualquer forma, naturalmente.

O TEDH iniciou o julgamento conceituando tratamento desumano e degradante. Estabeleceu a jurisprudência do Tribunal que tratamento “desumano” é aquele praticado com premeditação ou durante horas consecutivas, provocando lesões físicas ou grave sofrimento físico ou psicológico; o tratamento será “degradante” quando provoca nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, causando humilhação e aviltamento, ou quando determina a vítima a agir contra a sua vontade ou consciência.

Para verificar se um determinado tratamento é “degradante”, nos termos e para os efeitos do artigo 3.º da Convenção, o Tribunal irá apurar se aquele comportamento se destinava a humilhar e diminuir a pessoa; contudo, mesmo quando o comportamento impugnado não se destina a humilhar o acusado, este fato não afasta, por si só, a verificação de uma violação do artigo 3º. No entanto, o grau de sofrimento e humilhação infligidos têm, em todo o caso, que ultrapassar o inevitável sofrimento e humilhação implícitos a qualquer medida sancionatória legítima.

A Corte ponderou que o Código de Processo Penal Alemão prevê que as autoridades de investigação criminal podem ordenar a realização de intervenções médicas invasivas contra a vontade do suspeito para obtenção da prova, desde que sejam realizadas por um médico e delas não decorra o risco de dano para a saúde do acusado.

Finalmente, o Tribunal concluiu que a administração de eméticos ao Sr. Jalloh, tal como foi ordenada pelas autoridades competentes, foi motivada não tanto por razões de ordem médica, mas antes para a preservação da prova, relativamente ao crime de tráfico de droga de que era suspeito.

O Tribunal salientou que o tráfico de droga é um crime grave e reconheceu os esforços e as sérias dificuldades que os Estados enfrentam no combate ao tráfico, entretanto, julgou não ser correta a forma como a prova foi obtida, eis que as autoridades poderiam ter esperado que a droga fosse expulsa do organismo naturalmente, e que a administração forçada de eméticos não comportava riscos *apenas negligenciáveis*, como alegava o Governo alemão em sua defesa.

Portanto, entendeu a Corte que o tratamento ao qual o Sr. Jalloh fora submetido, embora não tivesse atingido a gravidade de um ato de tortura, atingiu o mínimo de gravidade exigido pelo artigo 3.º da Convenção, pois a forma que o

---

que são realizadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica para a realização do exame serão admitidas sem o consentimento do arguido, desde que não cause nenhum prejuízo para sua saúde.”

medicamento foi utilizado causou sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhar o Sr. Jalloh.

O Tribunal salientou que o direito de não se autoincriminar pressupõe que cabe à acusação o ônus da prova, sem o recurso – para tanto – à coação ou pressão sobre o acusado ou sobre a sua vontade e que o direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do suspeito de não falar e manter o silêncio.

Assim sendo, a utilização ou admissibilidade de meios de prova obtidos através da prática intencional de maus-tratos transformou o julgamento do Sr. Jalloh em injusto e não equitativo e infringiu seu direito de não se auto-incriminar.

#### **Iv – O Brasil**

No Brasil, Thiago Bottino do Amaral<sup>36</sup> analisou profundamente o avanço do entendimento do Supremo Tribunal Federal na garantia da vedação à autoincriminação compulsória. Segundo o Autor, os Ministros nomeados após a promulgação da Constituição da República de 1988 que “*promoveram a efetiva adequação do arcabouço normativo infraconstitucional à nova ordem constitucional*.”<sup>37</sup>

O Autor verificou que o primeiro julgamento no STF a analisar que a possibilidade do direito de permanecer calado não se resumia apenas no direito ao silêncio e sim a uma garantia mais ampla, que é a vedação contra a autoincriminação (*Habeas Corpus* n°. 68742-3/DF<sup>38</sup>, DJ: 02/04/1993). O HC em questão foi impetrado contra decisão que condenou o paciente pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304, CP), e requeria a redução da pena, com os seguintes argumentos: (i) a de que voluntariamente o paciente recolhera aos cofres públicos o tributo referente ao documento falso utilizado, o que importaria a redução prevista no art. 16, do CP e (ii) a de que a pena base fora aumentada com fundamento em denúncia posteriormente oferecida, considerada como antecedentes criminais.

O relator originário negou a ordem de *habeas corpus* sob dois fundamentos: (i) “intensidade do dolo” em causar danos ao erário e (ii) o fato de haver o paciente negado falsamente a prática do crime.

O Ministro Marco Aurélio foi o primeiro a suscitar o direito de o paciente não se autoincriminar, aduzindo que se o acusado nega a prática do crime, esta

---

<sup>36</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Op. cit*, 2009

<sup>37</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Idem*, 2009, p. 91.

<sup>38</sup>STF, HC 68742-3/DF, Relator designado para acórdão Ministro Ilmar Galvão, Turma, Julgamento: DJ: . consulta em 04 de janeiro de 2011, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71200>

circunstância não pode ser utilizada para majorar sua pena, eis que o art. 59 do CP não menciona expressamente que tal circunstância é capaz de aumentar a pena ou não, e, portanto é impossível exigir do acusado a confissão para se beneficiar da pena-base.

O Ministro Celso de Mello foi muito além e sua interpretação configurou um marco na jurisprudência do STF na matéria: enfocou que o reconhecimento do direito ao silêncio seria manifestação do devido processo legal, constituindo verdadeiro direito de não de auto-incriminar, mais amplo que o direito de permanecer em silêncio:

“O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º., inciso LXIII, da Carta Política.

Com seu mais expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do ‘*due process of law*’.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado.(...)

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado –já acolhido na Quinta Emenda do *Bill of Rights* norteamericano – segundo o qual ‘*nemo tenetur se degetere*’.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. (...) E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade judiciária ou policial, a prática de ilícito penal.”

O voto acima parcialmente transcrito não menciona o inciso LXIII da Constituição da República como direito ao silêncio, mas como direito de não se autoincriminar. Ao vincular a garantir ao devido processo legal, o Ministro “*expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e a protege de valorações negativas, envolvendo-a com o manto da inviolabilidade de defesa*”<sup>39</sup>.

Encontra-se pendente de julgamento no STF, *habeas corpus* substitutivo (108.126), impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de *habeas corpus* (149.146) impetrado em favor de pacientes que teriam ingerido aproximadamente um quilo de cocaína, distribuído em mais de 100 cápsulas, com o objetivo de levar a droga para Angola.

---

<sup>39</sup> AMARAL, Thiago Bottino, *Op. Cit.*, 2009, p. 121.

Foram presos e submetidos a exames de raios X para detecção da droga e posteriormente lhes foi ministrada certa quantidade de remédios para expulsão da substância. Foram processados e condenados às penas de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, I, todos da Lei nº 11.343/06.

A Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* requerendo a anulação do processo sob o argumento de que a submissão dos pacientes ao exame de raios X ofenderia o princípio da não autoincriminação.

O Ministro Relator, Og Fernandes, foi acompanhado pelos demais ministros da Sexta Turma, que denegaram a ordem sob o seguinte argumento:

“A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si, conhecido como **nemo tenetur se detegere**.

Contudo, na hipótese, não vislumbro afronta ao referido princípio constitucional. Isso porque, não há nos autos qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna.

Compulsando os autos, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova.

(...)

Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ressalte-se, também, que a submissão aos mencionados exames de Raios-X não exigiu qualquer agir, fazer, por parte dos pacientes, tampouco constituiu procedimento invasivo ou até mesmo degradante que pudesse violar seus direitos fundamentais.

De toda sorte, mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, a postura adotada pelos policiais em nada violou direitos constitucionais, visto que, além de contarem – num primeiro lance – com a anuência dos pacientes, apenas atuaram na salvaguarda do bem jurídico vida, acelerando a colheita de prova que, caso não ocasionasse a morte, seria naturalmente produzida, motivo pelo qual não há, ao meu ver, o constrangimento ilegal ora alegado.”

Thiago Bottino do Amaral<sup>40</sup> refere que, ao definir a natureza jurídica da garantia da vedação contra a autoincriminação compulsória, o Supremo Tribunal Federal “assentou que constitui um direito público subjetivo do indivíduo, de estrutura constitucional de aplicabilidade absoluta, oponível ao Estado” e constitui uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal.

A importância do papel desempenhado pelo Ministro Celso de Mello (Relator do *Habeas Corpus* nº 108.126) foi reconhecida por Thiago Bottino do Amaral<sup>41</sup>, que atribuiu ao Ministro a definição e o alargamento dos contornos do direito ao silêncio no Brasil.

Espera-se a manifestação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do aludido HC, porém, independentemente do posicionamento que se adote, há questões de direitos humanos envolvidas que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não poderão deixar de enfrentar.

## **V– Conclusão**

No presente estudo foi possível verificar que o interrogatório constitui um importante meio de defesa e que em um sistema onde vigora o Estado Democrático de Direito, a opção pela busca da verdade processual deve dar lugar à busca pela verdade real.

Da análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi possível constatar que o entendimento daquela Corte é que não lhe cabe conhecer eventuais erros de fato ou de direito alegadamente cometidos pelos tribunais nacionais, a menos que – e apenas na medida em que – estes tenham violado os direitos e liberdades consagrados na Convenção Européia de Direitos Humanos.

---

<sup>40</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 179.

<sup>41</sup>“Assim como teve o papel destacado na fixação dos limites da vedação de autoincriminação para além do preso (primeiro eixo temático) e para além da passividade do calar (segundo eixo temático), o Ministro Celso de Mello foi o responsável pela manutenção do paradigma pré constitucional em clara oposição ao texto constitucional.” (AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 186).

O artigo 6.º da CEDH que tutela o direito a um processo equitativo, não estabelece para a mencionada Corte quaisquer regras sobre admissibilidade das provas, por exemplo, que é uma matéria que compete às leis nacionais. A única questão a que se manifesta é a de averiguar se o processo, considerado no seu conjunto, incluindo o modo como a prova foi obtida, foi justo.

O entendimento do aludido Tribunal é que para determinar se o processo foi equitativo deve atender aos direitos da defesa e que as preocupações referentes ao interesse público nunca poderão justificar medidas que excluam ou exponham em risco o núcleo dos direitos de defesa do acusado, incluindo o direito que lhe assiste de não se autoincriminar.

O Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, construiu sua jurisprudência acerca da garantia da vedação da autoincriminação compulsória elevando-a a um direito público subjetivo do acusado ou suspeito, de estrutura constitucional, constituindo expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal.

As posições adotadas por ambos os Tribunais refletem características de sistemas acusatórios e o direito do acusado não se autoincriminar desempenha um papel de adequação do sistema punitivo ao Estado Democrático de Direito.

### **Referências Bibliográficas:**

- AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.
- ARANGÜENA, Coral, Exigências em Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Assistència Jurídica Gratuita (Art. 6.3.c), in Garcia Roca, Francesco Javier y Santolaya (Coord), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BAPTISTA, Francisco Neves, *O mito da verdade da dogmática do processo penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de novembro de 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 149.146, Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma. Brasília, 19/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68742, Relator: Min. Octávio Galotti e Relator designado Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 02/04/1993. Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em 23 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108.126, Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em 23 de junho de 2011.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho, *Processo Penal e Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª. Ed, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, A., *Sumários de Processo Penal*, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. *Teoria do Garantismo Penal*. 3ª. Ed, São Paulo: RT, 2010

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Grinover, *As Garantias Constitucionais do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Trad. Rosina D'Angina, São Paulo: Martin Claret, 2009.  
Instituto de Direitos Humanos da Holanda, disponível: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f73372f4792025aec12571b000317ebf?OpenDocument>

LOPES JÚNIOR, Aury, *Introdução Crítica ao Processo Penal, Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*, 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 1ª. Ed, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense 1961.

MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Trad. :Hebert Heinrich, São Paulo: Bookseller, 2004.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa, *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*, São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ROMEIRO, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. CÓRDOBA, Gabriela e PASTOR, Gabriel, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, v. 5, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CONDIÇÕES E  
POSSIBILIDADES DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A  
ÓTICA DO PROJETO DE LEI 166/2010 - NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

*Theobaldo Spengler Neto*

Professor de Direito Processual Civil I, II, III e IV  
do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz  
do Sul - UNISC. Mestre em Direito. Advogado.

*Andiara Roberta Silva de Oliveira*

Mestre em Direito e Especialista em Direito  
Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do  
Sul – UNISC.

**Resumo:** O ser humano, em especial o brasileiro, não se satisfaz com uma única decisão, buscando invariavelmente uma segunda oportunidade, quando a decisão não estiver a seu favor. O duplo grau de jurisdição visa estabelecer a solução da lide de modo seguro. Leva em consideração que o jurisdicionado tem o direito de ver as decisões reexaminadas por uma segunda instância. Esse reexame garante o atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, estabelecendo a segurança jurídica derivada do duplo julgamento da matéria posta. De outro lado, o vencedor, em suas contrarrazões, tem oportunidade de fundamentar a necessidade de manutenção da decisão. O duplo grau de jurisdição visa evitar equívocos por parte do juiz, posto ser ele humano e passível de erros quanto o jurisdicionado. Sob o prisma da celeridade processual e tempo do processo, o duplo grau de jurisdição deve ser utilizado de forma racional, valorando a decisão do juiz de primeiro grau, e resguardando a continuação da discussão somente para situações que assim exigissem.

**Abstract:** The human being, especially in Brazil, does not get satisfied with a single decision, invariably seeking a second chance when the decisions are not in your favor. The double degree of jurisdiction is to establish the solution of the suit safely. It takes into account that has jurisdiction over the right to see the decisions reviewed by a second instance. This review ensures compliance with the constitutional principle of legal defense and the contradictory, establishing legal certainty derived from the double jeopardy of matter called. On the other hand, the winner in their against reasons, has the opportunity to substantiate the need for maintenance of the decision. The double degree of jurisdiction is to avoid mistakes by the judge, since he is human and prone to

errors as the courts. Through the prism of promptness and time of the process, the double degree of jurisdiction must be use rational, valuing the decision of the judge of first instance and safeguarding the continuation of the discussion only to situations that demanded so.

**Palavras-chave:** Duplo grau de jurisdição. Decisão. Recurso. Contrarrazões. Valoração da decisão do juiz de primeiro grau

**Keywords:** Double degree of jurisdiction. Decision. Resource. Reasons against. Valuation of the decision of the judge of first instance

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Algumas linhas acerca do princípio do duplo grau de jurisdição. 3. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia à ampla defesa. 4. O duplo grau de jurisdição obrigatório: reexame necessário. 5. O reexame necessário no Projeto de lei 166/2010. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução

O ser humano, em especial o brasileiro, não se satisfaz com uma única decisão. Devido a sua condição de humano, porque falho, quando não satisfeito com a decisão, busca uma segunda opinião ou julgamento sobre determinadas situações, até mesmo as de menor importância. Isto se dá por sabermos que o erro é inerente à própria humanidade, e ninguém possui as tão almejadas condições do “ser perfeito”.

O duplo grau de jurisdição está presente na maioria dos países ocidentais, tendo sido consagrado na Constituição francesa em 1795. Este princípio visa a garantia de uma boa solução à lide ao fazer a adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e o direito à justiça das decisões judiciais, garantia esta prevista em nossa Magna Carta. É um princípio de ordem pública segundo o qual toda decisão tem direito a reexame por uma segunda instância.

O recurso garante a dialeticidade, ou seja, o contraditório. É esse o momento de, conhecendo a decisão, o recorrente invocar as razões de seu inconformismo. De outra banda, o vencedor aponta, em contrarrazões, as motivações para a manutenção da decisão.

O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de equívocos por parte do juiz. Tão humanos quantos os jurisdicionados, são os magistrados. Assim, também são falhos. Ademais, a possibilidade de reapreciação da decisão enseja maior atenção e esmero do juiz prolator e estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais.

Por outro lado, e então o contraponto, o princípio está diretamente ligado à problemática sobre a infinita possibilidade do uso dos recursos, o que acarretaria na morosidade do judiciário. O duplo grau deve ser utilizado de forma racional, valorando a decisão do juiz de primeiro grau, mas resguardando a possibilidade de rediscutir o tema quando motivações fáticas e/ou jurídicas reais e sérias assim o exijam.

Algumas definições devem ser estudadas, entretanto, visando melhor compreensão do contexto.

## 2. Algumas linhas acerca do princípio do duplo grau de jurisdição

Os princípios são conformados por idéias gerais e abstratas que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do Direito. É por esse motivo que todas as normas devem ser estudadas, interpretadas e compreendidas em consonância com esses princípios. Preceitua Bastos que “servem eles, a um só tempo, de objeto da interpretação constitucional e de diretriz para a atividade interpretativa”.<sup>1</sup>

A propósito, leciona o mesmo autor que os princípios são o alicerce do ordenamento jurídico:

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as **normas originárias** ou as **leis científicas do Direito**, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.<sup>2</sup>

O termo princípio nos traz a idéia de início, de começo. Os princípios são alinhamentos que se irradiam e contaminam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais se confundem valores e bens constitucionais e/ou processuais, conforme o caso. Os princípios expressos no Título I da Constituição Federal, por exemplo, exprimem a noção de mandamento nuclear de um sistema.<sup>3</sup>

Canotilho, a respeito, refere:

---

<sup>1</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59.

<sup>2</sup> ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 74 –75.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 91-92.

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.<sup>4</sup>

Os princípios constitucionais devem ter uma referência positiva, não no sentido positivista, mas a partir de uma perspectiva positivo-normativa do que está expresso na Constituição. Dessa maneira, chegar-se-á aos princípios constitucionais expressos ou implicitamente sopesados, tendo como limite as disposições da redação constitucional e levando-se em consideração as possíveis atribuições de sentido dos enunciados do texto.

O intérprete deve ter uma postura metódica apropriada, caso contrário, ele pode “iludir-se ou iludir”<sup>5</sup> no sentido de que o princípio encontrado pode constituir-se valorativamente de forma subjetiva. Tal valoração, segundo Espínola, poderá “frustrar a tendencial objetividade exigível na atividade de extração dos princípios da ordem constitucional positiva”.<sup>6</sup>

A idéia do duplo grau de jurisdição remonta a história da humanidade há séculos. Já na Bíblia Sagrada é encontrada a busca por um pronunciamento maior, recorrendo-se à autoridade hierarquicamente superior:

No capítulo XXV, versículo 11-12, atos dos apóstolos, de autoria de São Lucas, surge: “Se fiz algum agravo, ou cometi alguma coisa digna de morte, não recuso morrer, mas, se nada há de coisas que estes me acusam, ninguém me pode entregar a eles; apelo para Cesar”.<sup>7</sup>

O Egito antigo reconhecia a hierarquia judiciária, sendo a Corte Suprema composta por trinta membros, descendo à diversidade de graus. Na mesma linha, Atenas e Esparta, onde os cidadãos poderiam apelar para a “Assembléia do Povo”, a qual decidia os recursos interpostos das decisões oriundas dos tribunais.<sup>8</sup>

Portanova reporta que:

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1123

<sup>5</sup> ESPÍNOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.199.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>7</sup> BEZERRA, Marcelo Amaral. *O duplo grau de jurisdição*. Pelotas: Revista do Direito 1(1):137-150, 2001. p. 138.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 138.

Este princípio evoluiu no período de cristianização do direito, fundado na possibilidade do erro e como forma de controle disciplinar, portanto político e doutrinário. Mas foi na Revolução Francesa, em que a estrutura jurídica era exaltada, que o princípio foi imortalizado. Por ele pretendia abrir portas às reformas de sentenças de juízes viciados, permitir o aperfeiçoamento do Judiciário e suas decisões partindo da idéia de que menor a possibilidade de erro em segunda instância que em uma única, e atender a anseios psicológicos do vencido na demanda.<sup>9</sup>

No Direito Romano, os julgamentos eram decididos em grau único. A era republicana, entretanto, trouxe o “intercessio”, instituto que permitia a um colega do magistrado, que proferiu a sentença, de sua categoria ou superior a ele que se suspendesse os efeitos da decisão. Foi à época de Justiano que os recursos tomaram maior feição e ao mesmo tempo restringindo o número de vezes ao qual poderia utilizar-se o duplo grau.<sup>10</sup>

As ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas previam dualidade de graus<sup>11</sup>. Entretanto, ao tempo da Revolução Francesa, surgiram grandes ferrenhos opositores do duplo grau de jurisdição com alegações de que os Tribunais encarnavam a “aristocracia jurídica”.<sup>12</sup>

O princípio do duplo grau de jurisdição, da forma em que vigora hoje no Brasil, foi acolhido pela Constituição Imperial de 1824. A Constituição Imperial consagrava expressamente o Duplo Grau de Jurisdição no seu artigo 158, ao estabelecer que “para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações que forem necessárias para a comodidade dos povos.”<sup>13</sup>

O aludido princípio não está previsto de forma expressa na atual Constituição Federal, o que não é óbice para que seja considerado um princípio constitucional. Medina e Wambier consideram “o princípio do duplo grau de jurisdição um princípio

---

<sup>9</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 264.

<sup>10</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 268-269.

<sup>11</sup> “Nos três primeiros séculos, após a sua descoberta, o Brasil foi governado por leis portuguesas. Tanto as Ordenações Afonsinas como as Manuelinas trataram do direito de recorrer. Havia o direito de apelar das sentenças definitivas de mérito. As Ordenações Filipinas também reconheciam o direito de recorrer. O Livro III das Ordenações Filipinas disciplinava o Direito Processual Civil enquanto o Livro V tratava do Direito Processual Penal”. LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004. p. 69-70.

<sup>12</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 178.

<sup>13</sup> LIMA, op. cit., p. 72.

constitucional, por estar incindivelmente ligado à noção de Estado de Direito, que exige o controle das atividades estatais, em sentido duplo, pela sociedade.”<sup>14</sup>

Segundo Portanova, hoje vigora no Brasil o duplo *grau mínimo*:

Em verdade, o sistema recursal brasileiro permite dizer-se que o princípio vigorante é o do *duplo grau mínimo*. É que há possibilidade de mais um recurso. A recorribilidade, em tese, é extensiva a diversos órgãos do Poder Judiciário. Todas as decisões são passíveis de terceira revisão por instâncias imediatamente superiores (no caso, por exemplo, de embargos infringentes) ou mediatamente superior (nas hipóteses de recurso extraordinário ou especial).<sup>15</sup>

Destarte, o princípio do duplo grau de jurisdição está presente em nossa história há séculos, surgindo na Constituição Federal de 1988 implicitamente, como garantia fundamental da prestação jurisdicional, respeitando o contraditório, a ampla defesa e a da igualdade processual.

### 3. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia à ampla defesa

O princípio do duplo grau de jurisdição visa garantir a justiça das decisões, diminuindo a margem de erro<sup>16</sup>. Por este princípio são admitidas duas decisões válidas e completas, proferidas por juízos diferentes, sendo que prevalece sempre a segunda decisão sobre a primeira.

Conforme Assis:

A justificativa mais singela da necessidade do duplo grau reside na circunstância de o pronunciamento do primeiro grau se sujeitar a erros e imperfeições. O reexame corrige o vício de juízo (*error in iudicando*) ou o vício de atividade (*error in procedendo*), lançando novas luzes sobre a matéria da contenda. E, de fato, é um dado da experiência mais comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduza mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para

---

<sup>14</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação* 2. ed..São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

<sup>15</sup> PORTANOVA, op. cit. p. 265.

<sup>16</sup> Importa ressaltar que quando nos referimos à erro, estamos tratando de erro na avaliação da prova, assim como em posicionamento ideológico que, em razão da pessoalidade, acarreta em distorção da realidade do processo.

a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso.<sup>17</sup>

O duplo grau de jurisdição pretende o controle da atividade jurisdicional do magistrado. Mas a finalidade deste princípio não é controlar a atividade do juiz, mas sim “propiciar ao vencido a revisão do julgado”, ou seja, a oportunidade de dar ao vencido o direito à revisão da decisão que lhe foi contrária.<sup>18</sup>

Acerca da inclusão deste princípio no rol dos direitos fundamentais, destaca Sá:

É discutível, todavia, a inclusão do princípio no elenco das garantias constitucionais, posto que somente a Carta Política de 1824 sobre ele dispunha expressamente. Ao depois, passaram as Constituições, meramente, a evidenciar a existência de tribunais e sua competência recursal, o que faz pressupor a existência de recursos. A matéria, assim, circunscreve-se ao âmbito infraconstitucional, fazendo crer possa o legislador ordinário limitar o direito de recurso, exceto nos casos dos recursos especial e extraordinário, cujos requisitos constam no texto constitucional.<sup>19</sup>

Marinoni afirma que a idéia do duplo grau de jurisdição é cultuada em nosso país, pois se entende que a sentença do juiz de primeiro grau não é suficiente, devendo sempre ser revista. Desta forma, segundo este autor, o duplo grau de jurisdição poderia ser melhor definido como um “duplo juízo sobre o mérito”.<sup>20</sup>

Dinamarco leciona acerca da conveniência psicológica da parte que utiliza dos recursos:

Existe ainda a conveniência psicológica de oferecer aos perdedores *mais uma oportunidade de êxito*, sabendo-se que ordinariamente há maior probabilidade de acerto nos julgados por juízes mais experientes e numerosos (especialmente no Brasil, em que os órgãos de primeiro grau são *monocráticos* e os tribunais julgam em colegiado): confinar os julgamentos em um só grau de jurisdição teria o significado de *conter litigiosidade* e permitir que os estados de insatisfação e

---

<sup>17</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

<sup>18</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 496.

<sup>19</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria do direito processual civil: a lide e sua resolução*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 28.

<sup>20</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. op. cit. p. 495.

desconfiança se perpetuassem – provavelmente acrescidos de revoltas e possíveis agravamentos.<sup>21</sup>

Nery Júnior afirma que o princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário. Com efeito, não só poderia ser prejudicada pelos vícios da decisão, sem ter outro órgão judiciário hierarquicamente superior que a reexaminasse. A possibilidade de uma reapreciação da decisão enseja maior atenção e esmero do juiz prolator e estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura.<sup>22</sup>

O duplo grau depende da vontade da parte, do terceiro, ou do Ministério Público. Sendo que estes, quando vencidos em parte ou totalmente<sup>23</sup>, têm a pretensão de submeter a decisão a reexame. Em função disso, cabe dizer que o duplo grau é voluntário. Cumpre-se o “princípio da voluntariedade”.

Assim, ninguém pode ser obrigado a recorrer ou a deixar de recorrer, salvo nas hipóteses do art. 475, do Código de Processo Civil, que trata do reexame necessário.

Nesse viés, assevera Dinamarco:

Só se tem acesso aos tribunais quando, proferida a decisão pelo órgão competente, houver recurso da parte – salvo os casos de *competência originária* ou de remessa oficial (art. 475), que são excepcionais e também decorrem sempre do direito positivo. Fora disso, o julgamento feito com *supressão de grau jurisdicional* é infringente às próprias normas sobre competência e à garantia do juiz natural. (grifos do autor)<sup>24</sup>

O duplo grau é uma exigência do *due process of law*, mas a sua aplicação deve ser sensata. Se desmedida vai desprestigiar a eficácia da justiça em detrimento da paz social, que é o escopo principal da atividade jurisdicional, gerando o retardamento do curso do processo e a morosidade do judiciário.

#### 4. O duplo grau de jurisdição obrigatório: reexame necessário

---

<sup>21</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 237.

<sup>22</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais- Teoria geral do recurso*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

<sup>23</sup> No caso do Ministério Público, terá legitimidade para recorrer sempre que, nas vestes de fiscal da lei, denotar a sua infração; na vestimenta de curador dos interesses dos incapazes, ver-lhes desassistidos. Enquanto parte, sua legitimidade passa a ser de igual forma aos demais envolvidos na lide.

<sup>24</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 239.

Denominado como princípio da remessa obrigatória, ou princípio da remessa *ex officio* ou ainda reexame necessário, dirige-se às sentenças que envolvem interesse público referente à família, à União, aos Estados e aos Municípios, cujo aperfeiçoamento requer a manifestação do Tribunal. Encontra-se regrado pelo art. 475 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual determina que algumas sentenças não produzirão efeito se não confirmadas pelo Tribunal:

Trata-se das sentenças que anulam casamento (inc. I), das proferidas contra a União, Estados e Municípios (inc. II) e as que julgarem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (inc. III). Além dessas hipóteses, outras há na legislação esparsa. Vale a pena referir: Decreto-Lei 365/41, sobre desapropriação; Lei 818/49, sobre nacionalidade; Lei 1.533/51 e Lei 4.384/64, sobre mandado de segurança; Lei 2.664/55, sobre ações propostas contra as mesas do Congresso e presidentes dos tribunais federais; Lei 2.770/56, sobre ações propostas para liberação de mercadorias de procedência estrangeira; Lei 4.137/62, sobre o abuso de poder econômico; Lei 4717/65, sobre ação popular; Decreto-Lei 779/69, sobre o processo trabalhista em ações contra União, Estados, Municípios, Distrito Federal; Lei 6.830/80, sobre ações de execução fiscal.<sup>25</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns autores, a exemplo de Portanova<sup>26</sup>, entendem a remessa obrigatória como sendo “um privilégio incompatível com o princípio da igualdade das partes do processo”. O legislador vem mantendo o privilégio, até mesmo no atual Projeto de Lei 166/2010, o qual trata do novo Código de Processo Civil brasileiro, porém com flexibilizações importantes. Importa destacar, de modo objetivo, porém, que o reexame necessário não é forma recursal:

Quem atribui natureza jurídica de recurso à remessa obrigatória entende que a vontade de recorrer é do estado, que se previne da eventual negligência de seus representantes (procuradores) que porventura deixem de recorrer das decisões contrárias à Fazenda Pública. Quem recorre não é o juiz, mas o Estado. O juiz não está manifestando vontade sua. Antes é instrumento da vontade do estado, que é quem, efetivamente, recorre da decisão que contrariou interesse seu.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> PORTANOVA, op. cit. p. 267

<sup>26</sup> Ibid., p. 269.

<sup>27</sup> Ibid., p. 268.

Assim, o interesse público no duplo grau de jurisdição obrigatório é evidente. Não se trata de busca de revisão, mas de necessária reanálise dos fatos e do direito postos e decididos, independentemente da vontade, da voluntariedade das partes.

O legislador brasileiro, no nascedouro do Código de Processo Civil, em 1973, previra a necessidade de revisão das sentenças proferidas contra os interesses públicos, de forma genérica. Após, com o advento da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, iniciou-se o caminho de flexibilização da norma.

Inserido o parágrafo segundo ao artigo 475, do Código Processual Civil, tem-se a não aplicação da regra quando a condenação for em valor certo não excedente a 60 vezes o salário mínimo vigente. Mesmo patamar quando se vê vencida a Fazenda pública, em matéria tratada em sede de Embargos à Execução Fiscal.

Avançando no caminho da dispensa de reexame necessário, vem por meio jurisprudencial. Entendem os Tribunais brasileiros que o reexame necessário não deve ser conhecido quando a sentença, mesmo ilíquida, tenha sido proferida em demanda cujo valor atribuído à causa seja inferior aos 60 salários mínimos, àquela data:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. SENTENÇA ILÍQUIDA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 475, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 5,4%. SERVIDOR MILITAR INATIVO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI Nº 11.960/09. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. 1% AO MÊS. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO. CABIMENTO. **Reexame Necessário - A submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição é dispensável quando a condenação contra o ente público não exceder ao valor equivalente a sessenta salários mínimos. No caso de a condenação ser ilíquida, a importância a ser considerada é aquela atribuída ao valor da causa, devidamente corrigida até a data em que foi prolatada a sentença.** Juros Moratórios- Não incidem as alterações da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º -F da Lei nº 9.494/97, à repetição de indébito tributário, que deve seguir regramento próprio. Princípio da especialidade, que exige regulação por lei complementar. Os juros de mora devem incidir

no percentual de 1 % ao mês a partir da data do trânsito em julgado, consoante o que dispõe o artigo 161, § 1º e o artigo 167, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional e a Súmula 188, do Superior Tribunal de Justiça. Honorários Advocatícios - Consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados segundo a apreciação equitativa do juiz. Por conseguinte, tendo em vista a repetitividade da matéria em análise e a desnecessidade de dilação probatória, o entendimento consolidado por esta Câmara é de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% sobre o valor da condenação. Prequestionamento - Observado o princípio do livre convencimento motivado, são considerados devidamente prequestionados os dispositivos suscitados pela parte apelante. NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO E DERAM PROVIMENTO AOS APELOS. UNÂNIME.<sup>28</sup>

Na mesma linha:

**REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MATRÍCULA NO 1º ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL DE 09 ANOS. EXIGÊNCIA DE CONDENÇÃO DE VALOR CERTO EXCEDENTE A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ARTIGO 475, § 2º, DO CPC. NÃO-CONHECIMENTO. AS SENTENÇAS PROFERIDAS CONTRA A UNIÃO, O ESTADO E O MUNICÍPIO ESTÃO DISPENSADAS DO REEXAME NECESSÁRIO SE O DIREITO CONTROVERTIDO TIVER VALOR NÃO EXCEDENTE A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO.**<sup>29</sup>

Assim, tem-se caminhado pelo afastamento da necessidade do reexame necessário, fazendo com que os Tribunais reduzam sua atividade. Pretendem dedicar-se à tarefa de reexaminar as decisões na medida em que a matéria tenha relevância econômica.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação e Reexame Necessário* nº 70040682544, julgado em 25/01/2011. Desembargadora Helena Marta Suarez Maciel (relatora). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Reexame Necessário* nº 70038835146, julgado em 10/01/2011. Desembargador Roberto Carvalho Fraga (relator). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

## 5. O reexame necessário no Projeto de Lei 166/2010

O Código de Processo Civil Brasileiro cansou. A discussão sobre o duplo grau de jurisdição, sobre a necessidade ou não do reexame necessário decorre desse cansaço. Nascido em 1973, sob efeitos de um período de pouca Democracia reinante no país, o conjunto de normas processuais civis precisava ser modificado. Sua manutenção na forma inicial acarretava em profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que eternizavam o andamento das demandas.

A eternização da ação acarreta na eternização do litígio e por conseguinte, cada vez maior dificuldade de pacificação. Por outro lado, como ensina Fabiana Marion Spengler, citando Eligio Resta ao tratar da verdade no processo, esta é alcançada por *stanchezza*, ou seja, pelo cansaço das partes, em especial dos autores, que a ele sucumbem. “As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se junte as provas e as demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”<sup>30</sup>.

Assim, em 1994 o Legislador inseriu no sistema processual o instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela (art. 273, CPC), como forma de propiciar ao autor da ação o exercício de seu direito antes mesmo do trânsito em julgado da decisão. Viu-se aqui o mais importante elemento processual de garantia de direitos e restrição à proposital postergação no andamento dos processos.

Seguiu-se (1995), buscando estabelecer um rito mais ágil na recuperação de créditos, a Ação Monitória, prevista pelo art. 1102-A do Código vigente. Tem-se o rito precursor do que em 2005 foi conhecido como cumprimento de sentença (Lei 11.232, que redefiniu o conceito de sentença a partir do art. 475-I, CPC).

O também já cansado Processo de Execução Extrajudicial mereceu novo tratamento, com normas agilizadoras e, sobretudo, práticas. A Lei 11.382/2006 passou a possibilitar a defesa do devedor independentemente de penhora, prevendo, em contraponto, a não suspensão da execução no curso do julgamento dos embargos.

Por outro lado, já em 2001, por força da Lei 10.352, O recurso de Embargos Infringentes teve seus elementos de admissibilidade reduzidos. O legislador passou a exigir a reforma da sentença, por votação não unânime. Passa a não mais existir, na expectativa do Projeto de novo CPC.

O recurso de Agravo Retido passa a ser regra à partir da Lei 11.187/2005. O Agravo de Instrumento assume contornos de excepcionalidade expressamente prevista

---

<sup>30</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí/Ed. Unijuí, 2010, p.345.

no artigo 522, CPC. O Projeto de Lei 166/2010 extingue o primeiro, mantendo o segundo em condições tópicas.

O Legislador criou as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso. Ambas, por evidente, na busca de fazer valer o saber dos Tribunais Superiores. Aqui, um contraste da evolução. Ao passo que se prega a possibilidade ampla possibilidade de julgamento, e valorização do juiz (leia-se primeiro grau de jurisdição), os Tribunais Superiores impõe suas decisões por meio de Súmulas, inadmitindo novos pensares. Nesse ponto retroage-se ao que Montesquieu afirmava, com uma pequena alteração: “o juiz é a boca do Tribunal”.

Estas e outras alterações processuais, entretanto, jamais contemplaram um aspecto fundamental. A demora na prestação jurisdicional não se deve apenas por força do processo moroso e burocrático, mas pela quantidade de demandas. Mais do que modificar o rito, à de se buscar formas de evitar as demandas.

Doutrinadores, magistrados, advogados, todos em conjunto vivem um momento de estudo e busca por soluções. Soluções que não visem apenas celeridade na prestação jurisdicional, mas que esta se dê com qualidade. Ou seja, o atendimento dos anseios da população quanto à rapidez na resposta, mas com eficiência e efetividade.

Por obra e graça do Senado da República, foi formado o grupo de renome nacional e internacional, para pensar um no Processo Civil, que seja eficaz ao jurisdicionado do século XXI, o qual não mais admite ver seus direitos vilipendiados. Processualistas de escol como Ministro Luiz Fux, Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier, esta como relatora-geral dos trabalhos, reuniram-se para construir um novo Código de Processo Civil. Deixaram de lado a sequencia de microalterações realizadas desde o início dos anos 90 para consolidar uma nova leitura, modo integral. Nasceu o Projeto de Lei 166/2010, apelidado de “Novo Código de Processo Civil”.

Na linha de trabalho, essa Comissão tratou de buscar caminhos que levassem ao encurtamento do tempo dos processos. Preocupou-se em acelerar a finalização, quando deveria ter-se centrado em evitar as demandas. O enxugamento de passos processuais pode acarretar em prejuízos aos litigantes. No caso dos interesses públicos, o alargamento de valores que obrigam o reexame necessário, vulnerabiliza o Estado.

O Projeto de Lei 166/2010 alarga o espaço da desnecessidade do procedimento obrigatório. O ali nominado de Remessa Necessária, vem tratado no art. 478, estabelecendo a sua obrigatoriedade nos mesmos tipos de ações previstos atualmente. A

isenção, entretanto, vai projetada para condenações em valor certo de até 1.000 (mil) Salários Mínimos, ao passo que atualmente tem-se 60 (sessenta) Salários Mínimos.

O Projeto cria, no parágrafo quarto do art. 478, previsão para que o reexame venha ocorrer, em caso de sentença ilíquida, somente após a sua liquidação, sob as mesmas regras de valor antes referidas. Aqui, de forma acertada, vem especificado procedimento hoje inexistente. Entretanto, em havendo reforma da sentença, nessa fase, ter-se-á procedido na fase de liquidação (art. 475-A, do Código Atual).

Denota-se, portanto, que a corrida legislativa, agora capitaneada por notáveis juristas brasileiros, em busca da celeridade e efetividade das decisões em detrimento, por vezes, da segurança jurídica, continua. O objetivo básico, primário, pueril, do reexame necessário é a segurança jurídica do acerto das decisões que impõe ao Estado o dever de pagar ou deixar de receber. A fixação do limite de 1.000 (mil) Salários Mínimos extrai essa segurança para a grande maioria das demandas.

## **6. Considerações Finais**

Os princípios jurídicos são também normas jurídicas, mesmo quando estão implícitos, não expressos, os mesmos são obrigatórios, vinculam e impõem deveres, assim como qualquer outra regra jurídica. A aplicação destes sempre envolve um prévio juízo de valor.

Os princípios constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao direito processual civil não poderia ser diferente, já que os princípios estão presentes naqueles dois instantes, em sua formação e na aplicação de suas normas. Revela-se assim a gigantesca importância de um princípio no sistema jurídico, de forma que ao se ferir uma norma estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido. Estes são valores e servem de sustentação para elaboração e aplicação do direito.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa ordenar o processamento e orientar a apreciação pela instância *ad quem* de recursos que eventualmente venham a ser interpostos pelos interessados. O duplo grau de jurisdição deve caminhar para adequar-se à realidade que exige um processo mais célere e efetivo, não através da abolição da possibilidade de interposição de recursos. Deve o legislador municiar o julgador com condições efetivas de restringir aqueles atos que comprometam as garantias previstas na Constituição Federal.

A redução de amplitude do reexame necessário, como projetado para o Novo Código de Processo Civil tão somente extrairá a segurança jurídica que o Estado

necessita. Quando o Estado paga ou deixa de receber, pagãos os cidadãos; quando o Estado é condenado, são os contribuintes que respondem.

### Referências Bibliográficas:

- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário nº 70038835146, julgado em 10/01/2011**. Desembargador Roberto Carvalho Fraga (relator). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2011
- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 3ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª. Edição. São Paulo: Saraiva. 2001.
- BEZERRA, Marcelo Amaral. **O duplo grau de jurisdição**. Pelotas: Revista do Direito 1(1): 137-150 p. 2001.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação e Reexame Necessário nº 70040682544, julgado em 25/01/2011**. Desembargadora Helena Marta Suarez Maciel (relatora). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª. Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de processo civil**. Volume 3. São Paulo: Saraiva. 1965.
- DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2ª. Edição. Curitiba: Juruá. 2007
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.
- ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva. 1998.
- GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva. 1998.
- KUHN, João Lacerda. **O princípio do contraditório no processo de execução**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Manole. 2004.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 9ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais - teoria geral do recurso**. 4ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria do direito processual civil: a lide e sua resolução**. São Paulo: Saraiva. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª. Edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí. 2010.